

Sygn. akt: KIO 2246/10

**WYROK**  
**z dnia 28 października 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 października 2010 r. przez **PETRA MEDICA sp. z o.o., ul. Grochowska 166, 04-329 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kancelaria Sejmu, ul. Wiejska 4/6/8, 00-902 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Specjalistyczna Przychodnia Lekarska dla Pracowników Wojska SP ZOZ ul. Nowowiejska 31, 00-911 Warszawa 62** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **PETRA MEDICA sp. z o.o., ul. Grochowska 166, 04-329 Warszawa** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PETRA MEDICA sp. z o.o., ul. Grochowska 166, 04-329 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Kancelaria Sejmu w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usług medycznych z zakresu medycyny pracy na rzecz osób przyjmowanych do pracy i pracowników Kancelarii Sejmu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 154-238219 w dniu 11 sierpnia 2010 r.

W dniu 6 października 2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Specjalistyczną Przychodnię Lekarską dla Pracowników Wojska Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie. Wykonawca PETRA MEDICA sp. z o.o., w dniu 15 października 2010 r. wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej Pzp,
2. zaniechania wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień na okoliczność podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 Pzp,
3. wprowadzenia zmian w treści oferty Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ, czym zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp.
4. wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieodpowiadający kryteriom oceny ofert określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym zamawiający naruszył: art. 91 ust. 1 pkt. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ, jako najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechanych czynności, odwołujący traci możliwość uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. W sytuacji prawidłowego przeprowadzenia postępowania odwołujący uzyskałby największą liczbę punktów, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert i tym samym uzyskałby zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł, iż wykonawca Specjalistyczna Przychodnia Lekarska dla Pracowników Wojska SP ZOZ, w złożonym w ofercie formularzu

zawarł zapis: „oferujemy cenę (...) brutto: bez opłat zł, (słownie bez opłat.) w tym stawka VAT zw. %”, a tym samym złożona oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w rozdz. 1 ust. 7 pkt. 2 i 3 siwz postawił wymóg, iż „cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich” oraz „cenę należy podać z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku”.

Zdaniem odwołującego, przystępujący nie spełnił ww. wymogu, gdyż stwierdzenie „bez opłat” nie stanowi ceny. Cena powinna zostać podana stosownie do postanowień art. 2 pkt 1 Pzp, odnoszącego się do definicji ceny, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy o cenach z dn. 5 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), gdzie za cenę przyjmuje się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę wraz z podatkiem VAT. Zwrot „bez opłat zł” nie stanowi jednostki pieniężnej i nie można go umieścić w księdze przychodów i rozchodów. Nie ma także możliwości wyliczenia wartości VAT. Oferta podlega zatem odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp z uwagi na niezgodność z ustawą.

Powyżej wskazany zapis oferty został uznany przez zamawiającego za cenę „0 zł”, co potwierdza zapis „0 (bez opłat)” zawarty w druku ZP-12 załączonym do protokołu postępowania. W ten sposób, w ocenie odwołującego, zamawiający zmienił treść oferty, naruszając art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący zaznaczył, iż nie ma podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 1 i pkt 3 Pzp, gdyż wprowadzenie zwrotu „bez opłat” w miejsce ceny nie może uchodzić za omyłkę. Wpisanie innego komunikatu niż liczbowy nosi znamiona działania świadomego i przemyślanego. Zamawiający nie zastosował art. 87 ust. 1 pkt. 1 i pkt 3 Pzp, czemu dał wyraz przez brak „niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy, którego oferta została poprawiona” wynikającego z art. 87 ust.2.

Zamawiający zaniechał ponadto wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na okoliczność podejrzenia zaofierowania rażąco niskiej ceny. Ze względu na przyjęty sposób oceny ofert należało podjąć takie działanie. Zaoferowane ceny dla poszczególnych usług należy w tym postępowaniu oceniać odrębnie.

Z ostrożności procesowej odwołujący zaznaczył, iż uznanie określenia „bez opłat zł” za „0 zł” w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 1 lub pkt 3 Pzp, nie znosi konieczności odrzucenia oferty Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ, z powodu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp, ponieważ „0 zł” nie stanowi ceny w myśl art. 3 ust. 1 pkt. 1 ww. ustawy o cenach.

Odwołujący stwierdził także, iż zamawiający dokonał oceny ofert niezgodnie z opublikowanymi w siwz kryteriami. Dokonał bowiem podstawienia do wzorów wartości wynikających z treści ofert oraz nieuprawnionej zmiany w ofercie Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ. W przeprowadzonych obliczeniach zamawiający popełnił błąd, przez dzielenie zera przez zero (0:0) oceniając ofertę skarżoną

i jako wynik tego działania przyjął wartość „0”. Powyższe działanie jest niezgodne z zasadami matematyki, gdyż dzielenie przez zero jest niewykonalne. Niewłaściwie uzyskaną wartość zamawiający poddał kolejnym działaniom, przypisując skarżonej ofercie najwyższą liczbę punktów. W ten sposób zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 pkt. 1 Pzp, poprzez niezastosowanie do oceny ofert kryteriów opublikowanych w siwz. Naruszył także przepis art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezastosowanie prawidłowych zasad matematyki wobec oferty jednego z wykonawców, przy jednoczesnym zastosowaniu tych zasad wobec pozostałych ofert.

Specjalistyczna Przychodnia Lekarska dla Pracowników Wojska SP ZOZ zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący uznał zarzuty odwołującego za bezzasadne. Wskazał, że wykonawca ma prawo kształtować zysk, a tym samym i cenę oferty, na odpowiadającym mu poziomie., a także, że ustawa na podstawie art. 87 ust. 2 dopuszcza możliwość dokonania poprawek w ofercie przez zamawiającego.

Odnosnie zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnienia na okoliczność „podejrzeń zaoferowania rażąco niskiej ceny” przystępujący stwierdził, iż zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 Pzp. Przy zestawieniu cenowym oferty odwołującego i oferty przystępującego nie zachodzi zjawisko rażąco niskiej ceny, a jednostkowa wycena części składowej przedmiotu zamówienia nie daje zamawiającemu podstawy do uznania całej oferty za rażąco niską i stwierdzenia naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący zaprzeczył jakoby zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieodpowiadający kryteriom oceny ofert przedstawionym w siwz, ponieważ dopełnił on wszelkich obowiązków informacyjnych oraz dokonując oceny ofert zastosował te same kryteria oceny wobec wszystkich wykonawców.

Przystępujący wyjaśnił, iż złożona przez niego oferta została oparta na kalkulacji kosztów, możliwości kadrowych i organizacyjnych, z należytą starannością, nie naruszając przepisów prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego. Pomimo, iż przedmiot zamówienia składa się z kilku pozycji zawierających ceny jednostkowe, to jest to zamówienie całościowe, a nie częściowe, gdzie wykonawca jest wyłaniany na podstawie najniższej ceny w odniesieniu do każdej pozycji przedmiotu zamówienia. Zaproponowane w ofercie ceny nie miały na celu eliminację konkurencji, ale zaoferowanie konkurencyjnych cen usług (badań i konsultacji), przy dobrym jakościowo i nowoczesnym wyposażeniu sprzętowym gabinetów oraz doświadczonym i wykwalifikowanym personelu.

Przystępujący wskazał, że konkurencyjna cena wynika też z przesłanek nie tylko kosztowych, to jest z:

- przyjętej długoterminowej strategii rozwoju firmy,

- zastosowania technik marketingowych skutecznych w działalności Przychodni,
- próby pozyskania nowych kontrahentów na rynku świadczeń medycznych,
- poszerzenia doświadczenia w tym segmencie.

Przystępujący stwierdził iż w świetle przedstawionych faktów, brak jest przesłanek do uznania oferty za niezgodną z ustawą Pzp oraz postanowieniami siwz, a także do stwierdzenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji ze względu na rażąco niską cenę.

Zamawiający złożył w dniu 25 października 2010 r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. W ocenie zamawiającego, przedstawione przez odwołującego zarzuty są bezzasadne.

Zamawiający uznał, że zaoferowanie przez przystępującego godziny pracy lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy, działającej u zamawiającego, za cenę „bez opłat” (co należy uznać za cenę równą „0 zł”), nie jest sprzeczne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji. Zamawiający wyjaśnił, iż formułując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawęził pojęcia ceny za poszczególne usługi medyczne wyłącznie do wartości dodatnich, a także nie zastrzegł skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości „0 zł”. Nie ulega też wątpliwości, że przystępujący w swojej ofercie zaoferował uczestnictwo lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy, które stanowiło część przedmiotu zamówienia, co potwierdza zgodność oferty z treścią siwz.

W ocenie zamawiającego, brak jest przeszkód prawnych do złożenia przez wykonawcę oferty, oferującej przedmiot zamówienia za określoną cenę, natomiast przy kalkulacji ceny wykonawca wycenił jedną z części zamówienia, jako bezpłatną. Zwrócił uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają stosowania ceny „0 zł”, a pojęcie ceny zdefiniowane w art. 2 pkt 1 Pzp należy rozumieć zgodnie z jej art. 2 pkt 5, czyli jako cenę oferty, jako całości. Oferta przystępującego nie pozostaje zatem w sprzeczności ani z przepisami ustawy, ani ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a zatem brak jest podstaw do jej odrzucenia.

Zamawiający uznała także, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ocena w tym zakresie powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, a nie za poszczególne pozycje. Zamawiający podkreślił, iż z orzecznictwa KIO wynika, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest ceną niewiarygodną, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. W odniesieniu do oferty

przystępującego zamawiający nie był zobowiązany wobec tego do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy.

Zamawiający uznał, iż nie dokonał zmiany treści oferty wbrew art. 87 ust. 1 in fine. Zdaniem zamawiającego zaoferowanie uczestnictwa lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy - bez opłat, jest równoznaczne z tym, że cena za tę usługę wynosi 0 zł. Określenie zatem w zbiorczym zestawieniu ofert (druk ZP-12) ceny za godzinę ww. pracy lekarza jako równej „0 zł” nie stanowi zmiany treści oferty, ale było wyrażeniem woli wykonawcy, który zaoferował bezpłatnie pracę lekarza w komisji działającej u zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem dokonania czynności oceny ofert w sposób naruszający przepisy art. 91 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, iż poddał wszystkie złożone oferty wnikliwemu badaniu i wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz, tj. ofertę, w której bilans ceny i pozostałych kryteriów okazał się najkorzystniejszy i która była jednocześnie ofertą najtańszą. Zdaniem zamawiającego, wskazanie ceny równej „0 zł”, za godzinę pracy lekarza w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy, nie prowadziło do braku możliwości porównania ofert. Przyjęte w specyfikacji kryterium ceny dotyczyło bowiem cen za poszczególne usługi medyczne, z których każda była odpowiednio punktowana. Zamawiający, w sposób zgodny z przyjętym sposobem oceny ofert, zsumował punktację uzyskaną przez wykonawców w ramach kryterium ceny (obliczoną na podstawie wzoru), a następnie dodał ją do punktów zdobytych w wyniku oceny pozostałych kryteriów. Ze względu na przyjęty sposób dokonywania matematycznego obliczenia punktów za poszczególne kryteria, wszyscy wykonawcy otrzymali taką samą punktację za uczestnictwo lekarza w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy (równą zero). Zamawiający podkreślił, że pozostało to bez wpływu na wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Przystępujący, który zaoferował najniższą cenę w tej części oferty, nie otrzymał za nią żadnego punktu, a mimo to jego oferta pozostała najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał bowiem, iż posiada interes

w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewidział trzy kryteria oceny ofert tj. cena - 60%, ilość lekarzy posiadających kwalifikacje z zakresu medycyny pracy do wydawania orzeczeń lekarskich dla celów przewidzianych w art. 229 k.p. - 30% oraz ilość lekarzy posiadających II stopień specjalizacji - 10%.

W ramach kryterium ceny zamawiający określił podkryteria: cena ryczałtowa za badanie wstępne (35%), cena ryczałtowa za badanie okresowe (40%), cena ryczałtowa za badanie kontrolne (20%), cena za godzinę pracy lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w przeglądzie stanowisk pracy zamawiającego (2%), cena za godzinę pracy lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy, powołanej u zamawiającego (2%) oraz cena za wykonanie jednego szczepienia ochronnego (1%).

W pkt 6.2. rozdz. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że cena oferty zostanie obliczona według podanego wzoru. Następnie wzór ten został zmodyfikowany, zgodnie z pkt 3 pisma z dnia 6 września 2010 r.

W pkt 6.3. rozdz. 1 specyfikacji zamawiający postanowił, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą sumaryczną liczbę punktów (sumę punktów uzyskanych w obrębie każdego z kryteriów).

W postanowieniu, dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny, wymagano podania ceny na formularzu oferty wraz z obowiązującą stawką VAT (pkt 7.1.), wyrażenia ceny w złotych polskich (pkt 7.2.) oraz podania ceny z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku (pkt 7.3.). W formularzu ofertowym w oddzielnych pozycjach należało podać ceny jednostkowe za poszczególne usługi, wchodzące w skład przedmiotu zamówienia.

W ofercie złożonej przez wykonawcę Specjalistyczna Przychodnia Lekarska dla Pracowników Wojska SP ZOZ, w formularzu ofertowym - w pozycji dotyczącej oferowanej ceny „za godzinę pracy lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy” został umieszczony zapis: „oferujemy cenę (...) brutto: bez opłat zł, (słownie bez opłat.) w tym stawka VAT zw. %”. Wykonawca zawarł zatem zwrot „bez opłat” w polu, które należało wypełnić podając cenę usługi.

Izba ustaliła, że powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami. Strony potwierdziły także w toku postępowania, iż zamawiający nie dokonał poprawy treści oferty



złożonej przez Specjalistyczną Przychodnię Lekarską dla Pracowników Wojska SP ZOZ. Zamawiający natomiast w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w druku ZP12 – przyjął, iż ww. wykonawca zaoferował w tej pozycji cenę w wysokości „0 zł”.

Zamawiający dokonując oceny ofert złożonych w postępowaniu w ramach kryterium ceny, zastosował wzór przewidziany w specyfikacji. Dokonując obliczeń według tego wzoru w podkryterium „cena za godzinę pracy lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy” zamawiający przyjął wartość 0 dla ceny najniższej (wynikającej z oferty przystępującego), dokonał następnie dzielenia wielkości 0 przez 0, a następnie, kolejno w odniesieniu do pozostałych ofer, dzielenia liczby 0 przez ceny jednostkowe zaoferowane w tej samej pozycji w pozostałych ofertach. W wyniku dokonanych obliczeń żaden z pięciu wykonawców, których oferty były przez zamawiającego oceniane, nie uzyskał punktów w ramach omawianego podkryterium (łącznie z ofertą najkorzystniejszą złożoną przez przystępującego).

W ustalonym wyżej stanie faktycznym Izba uznała, iż zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, przez wprowadzenie niedopuszczalnych zmian w treści oferty Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ, nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż zamawiający nie dokonał żadnych zmian, tj. poprawek w treści oferty (w tym formularza ofertowego) złożonej przez przystępującego. Zamawiający dokonał natomiast samodzielnej interpretacji zapisu ww. oferty „bez opłat”, przyjmując w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zbiorczym zestawieniu ofert (druk ZP12), iż zwrot ten oznacza „0 zł”. Zauważyć należy, iż opierając się na doświadczeniu życiowym faktycznie nie sposób uznać inaczej. Zamawiający nie dokonując zmiany treści oferty w powyższym zakresie, czynność powyższą potraktował wyłącznie jako czynność czysto techniczną.

Zauważyć należy, że powyższa czynność zamawiającego nie była efektem dokonania zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp. W wyniku czynności zastąpienia zwrotu słownego liczbą „0” de facto nie zmieniła się wysokość zaoferowanej ceny za daną usługę. Należy jednak wziąć pod uwagę formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zważywszy zasady prowadzenia postępowania określone w Pzp zamawiający nie może samodzielnie interpretować wszelkich oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie, nie dokonując przy tym poprawek w treści tej oferty i nie zawiadamiając danego wykonawcy o przeprowadzonej czynności. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zmiany treści oferty mogą być dokonywane przez zamawiającego jedynie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Powyższe oznacza także, że obowiązkiem zamawiającego jest powiadomienie wykonawcy o wszelkich zmianach dokonanych w treści

oferty lub dokonanie wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, tak aby oświadczenia złożone przez wykonawcę w ofercie podlegały interpretacji stosownie do złożonych wyjaśnień, a nie tylko według odczytywanych przez zamawiającego „intencji wykonawcy”. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dochował należytej staranności, zgodnie z zasadami postępowania, podając do protokołu postępowania sformułowanie inne niż zawarte w ofercie, określające cenę jednostkową za jedną z usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia oraz nie przekazując takiej informacji wykonawcy. Również wymóg starannego prowadzenia protokołu postępowania nakazuje, aby zamawiający zawierał w protokole treści, o których mowa w art. 96 ust. 1 Pzp, znajdujące jednoznaczne potwierdzenie w treści oferty.

Izba uznała także, iż nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty, złożonej przez Specjalistyczną Przychodnię Lekarską dla Pracowników Wojska SP ZOZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, że zaoferowanie przez przystępującego godziny pracy lekarza, sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy, działającej u zamawiającego, za cenę „bez opłat” może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Nie sposób uznać, że zaoferowanie ceny jednostkowej w wysokości 0 zł jest sprzeczne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji. Izba stwierdziła, że zamawiający formułując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawęził pojęcia ceny za poszczególne usługi medyczne wyłącznie do wartości dodatnich, a także nie zastrzegł skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości „0 zł”. Omawiana cena jednostkowa stanowi jednak składową cenę oferty i zarazem podkryterium oceny ofert. Zgodnie ze wzorem matematycznym określonym przez zamawiającego w treści specyfikacji nie jest możliwe prawidłowe wykonanie działań matematycznych w celu dokonania oceny ofert w ramach tego podkryterium. Podkreślić należy, że w wyniku przeprowadzonych przez zamawiającego obliczeń (dzielenia przez zero), wszystkie pozostałe oferty uzyskały zero punktów w ramach tego podkryterium. Należy stwierdzić wobec powyższego, iż zamawiający popełnił błąd określając sposób obliczenia ceny, przez brak wykluczenia możliwości zaoferowania przez wykonawców jednego z elementów przedmiotu zamówienia za cenę 0 zł, gdyż określony w siwz sposób oceny ofert uniemożliwia w takim przypadku faktycznie przeprowadzenie oceny ofert zgodnie z przyjętymi w specyfikacji zasadami, w szczególności z podanym wzorem matematycznym.

Podkreślić przy tym należy, że zaoferowanie ceny 0 zł za jeden ze składników przedmiotu zamówienia nie stanowi o sprzeczności oferty z ustawą, a zatem nie stanowi

podstawy do odrzucenia oferty, jako sprzecznej z ustawą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Brak jest bowiem przeszkód prawnych do złożenia przez wykonawcę oferty, w której zaoferuje on przedmiot zamówienia za określoną cenę ofertową, natomiast przy kalkulacji tej ceny wyceni jedną z części zamówienia, jako bezpłatną. Nie można przyjąć w takim przypadku, że wykonawca złożył ofertę pod tytułem darmym (co byłoby sprzeczne z wyrażoną w ustawie zasadą odpłatności umów o zamówienie publiczne). O odpłatności świadczenia decyduje bowiem cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie zabraniają stosowania ceny „0 zł”, a pojęcie ceny zdefiniowane w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 5, jako cenę oferty jako całości. Przepisy ustawy Pzp odnoszą pojęcie ceny wyłącznie do ceny oferty.

Zważywszy, że zamawiający sformułował postanowienia specyfikacji w sposób, który uniemożliwiał dokonanie prawidłowej oceny ofert, przy dopuszczeniu zaoferowania ceny jednostkowej w wysokości 0 zł, Izba uznała, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postępowaniu, będących wynikiem błędów popełnionych przez zamawiającego w sposobie sformułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała wobec powyższego, iż oferta złożona przez przystępującego nie pozostaje zatem w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, co stanowiłoby podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, ani też jej treść nie może być uznana za niezgodną z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Specjalistycznej Przychodni Lekarskiej dla Pracowników Wojska SP ZOZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał zaistnienia okoliczności, które mogą stanowić podstawę do uznania, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z brzmienia ww. przepisu, ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie w odniesieniu do cen jednostkowych za poszczególne rodzaje usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Ponadto, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Za rażąco niską cenę należy uznać ceną niewiarygodną, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Istota rażąco niskiej ceny sprowadza się do zaoferowania ceny skalkulowanej poniżej kosztów wytworzenia, która dla wykonawcy rodzi ryzyko braku wywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego ryzyko braku uzyskania zamawianego

świadczenia. Powyższe okoliczności nie były przez odwołującego podnoszone w toku postępowania odwoławczego i nie zostały wykazane.

Reasumując, wobec braku powołania przez odwołującego dowodów na potwierdzenie zarzutu, Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Jednocześnie Izba stwierdziła, że zamawiający nie był zobowiązany do wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty, w związku z podejrzeniem zaoferowania ceny rażąco niskiej, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Sam fakt, iż jeden z elementów świadczenia został zaoferowany bezpłatnie nie przesądza, iż cena za cały przedmiot zamówienia jest rażąco niska. Stosownie do brzmienia art. 6 k.c. wykazanie powyższych okoliczności leży po stronie odwołującego.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 pkt. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp w wyniku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieodpowiadający kryteriom oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała za zasadny.

Zauważyć należy, że przyjęte w specyfikacji kryterium ceny dotyczyło cen jednostkowych zaoferowanych za poszczególne usługi medyczne, z których każda była odpowiednio punktowana. Zamawiający w sposób zgodny z przyjętym sposobem oceny ofert zsumował punktację uzyskaną przez wykonawców w ramach kryterium ceny (obliczoną na podstawie wzoru), a następnie dodał ją do punktów zdobytych w wyniku oceny pozostałych kryteriów. Ze względu jednak na przyjęty w specyfikacji sposób dokonywania matematycznego obliczenia punktów za poszczególne podkryteria, zamawiający dokonał obliczeń wbrew regułom matematycznym, dzieląc przez zero. W wyniku tego nieprawidłowego działania wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu otrzymali zero punktów w tym podkryterium, tj. cena za uczestnictwo lekarza w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy, mimo zaoferowania różnych cen. Powyższe oznacza, że pomimo dokonania przez zamawiającego oceny ofert w omawianym zakresie, w rzeczywistości prawidłowa ocena w powyższym zakresie nie nastąpiła – wykonawcy nie otrzymali żadnej punktacji. W ocenie Izby, takie działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stanowi ono niewątpliwie także naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że stwierdzony błąd przy ocenie ofert pozostał bez wpływu na wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący, który zaoferował najniższą w tej części oferty cenę, nie otrzymał za nią żadnego punktu, podobnie jak pozostali wykonawcy, a mimo to jego oferta

pozostała najkorzystniejszą, gdyż uzyskała najwyższą liczbę punktów w ramach pozostałych kryteriów. Pomimo zatem, niezastosowania oceny w pełni zgodnie z postanowieniami specyfikacji, wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany, gdyż ewentualne przyznanie w ramach omawianego podkryterium punktacji pozostałym wykonawcom nie zmieniłoby wyniku postępowania, ze względu na niską wagę ww. podkryterium przyjętą przez zamawiającego (2%).

Uwzględniając okoliczność, iż błędne obliczenie punktacji w ramach podkryterium „cena godziny pracy lekarza sprawującego opiekę zdrowotną nad pracownikami w Komisji bezpieczeństwa i higieny pracy” z wagą 2% nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, a kwestionowana oferta złożona przez przystępującego uzyskała najwyższą punktację w ramach pozostałych kryteriów oceny ofert ze znaczną przewagą punktów, Izba uznała, że z uwagi na przesłankę, wynikającą z brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp, pomimo stwierdzonego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....