Sygn. akt KIO 638/11

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **25 marca 2011 r.** przez **Eurest Poland Sp. z o.o., ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uzdrowiskowy „WILLA Kołobrzegu, FORTUNA" Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w ul. Rafińskiego 3, 78-100 Kołobrzeg**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Uzdrowiskowy „WILLA FORTUNA" Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kołobrzegu, ul. Rafińskiego 3, 78-100 Kołobrzeg** i nakazuje:

   1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Eurest Poland Sp. z o.o., ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

   2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Szpital Uzdrowiskowy „WILLA FORTUNA" Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kołobrzegu, ul. Rafińskiego 3, 78-100 Kołobrzeg** na rzecz **Eurest Poland Sp. z o.o.,**

---

ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie.**

Przewodniczący:
……

Sygn. akt KIO 638/11

UZASADNIENIE

Szpital Uzdrowiskowy Willa Fortuna Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kołobrzegu zwany dalej Zamawiającym prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie przygotowania i podawania posiłków dla pacjentów i gości. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lutego 2011 r. pod nr 2011/S 23-037440.

W dniu 18 marca 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j.

W dniu 25 marca 2011 r. wykonawca Eurest Poland Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. J., zaniechania odrzucenia oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j., oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j., mimo że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j.

Odwołujący podniósł, że jadłospisy złożone przez EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego zamieszczonym w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący wskazał, że w pkt 3.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców 60 przykładowych jadłospisów uwzględniających postawione przez Zamawiającego wymogi. Wymogi te zawarte zostały w pkt 3.5 i 3.6 Specyfikacji, gdzie Zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania w zakresie produktów i minimalnych wymagań wartości gramowych dla wyżywienia gości komercyjnych i pacjentów z NFZ. Status postawionych wymagań został potwierdzony w odpowiedzi na pytanie nr 8 z dnia 21 lutego 2011 r.

Odwołujący stwierdził niezgodność 55 jadłospisów złożonych przez EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Za prawidłowe, tj. odpowiadające treści Specyfikacji uznał jedynie jadłospisy zamieszczone na stronach 15, 22, 24, 29, 32 oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. Niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie ma, jak podkreślił Odwołujący, charakteru oczywistych omyłek pisarskich czy innych omyłek, których poprawienie można by uznać za nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, a konsekwencją ich wystąpienia powinno być odrzucenie oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j.

Zdaniem Odwołującego, odstępstwa od wymagań Zamawiającego pozwoliły wykonawcy EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. na radykalne obniżenie ceny usługi - wszystkie uchybienia w swoim charakterze sprowadzają się do zaniżenia gramatury potraw bądź pominięcia pewnych wymaganych składników jadłospisów. W konsekwencji, jak stwierdził Odwołujący, oferta EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. stała się całkowicie nieporównywalna w stosunku do oferty Odwołującego, przez co naruszone zostały zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na następujące rozbieżności pomiędzy treścią oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. a treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: w zakresie jadłospisów dla pacjentów z NFZ:

Jadłospis o treści Wymóg określony w treści Opis niezgodności niezgodnej z treścią SIWZ

SIWZ (numer strony w ofercie Ewmar)

38-47 Ciasto co drugi dzień 100 g do Brak ciasta dla wszystkich dni w obiadu diecie cukrzycowej

Ciasto co drugi dzień 100 g do 23 Brak zachowania zasady, że ciasto obiadu jest podawane co drugi dzień.

Mięso bez kości, ryby 90g do 17 Nie określono gramatury mięsa obiadów

Ziemniaki, kasza, makarony 38 Nie zachowana wymagana itp. 200g do obiadów gramatura

Zupa mleczna codziennie 38-47 Brak zup mlecznych Kompot codziennie do obiadu 16, 19,34,43,46 Brak kompotu

16,18,19,20,21,23,26,2 Surówka - codziennie 120 g Nie zachowana gramatura lub brak do obiadu 7,28,30,31,33,35, surówki

Ser topiony 30g 20,24,35 Nie zachowana gramatura Dania półmięsne 3X w 15-24,26-35,38-47 Występują 2X w dekadzie dekadzie

w zakresie jadłospisów dla gości komercyjnych:

Wymóg określony w treści SIWZ	Jadłospis o treści niezgodnej z treścią SIWZ	Opis niezgodności (numer strony w ofercie Ewmar)
Wszystkie jadłospisy minimalnie dwie surówki do obiadów	Wszystkie zaoferowane surówki do obiadów są o gramaturze niższej niż 100 g	54,55,56,58,59,61,62,6 4,68,75, codziennie 100 g każdej lub jedna z zaoferowanych 76,77,78,79,80,81,84,8 5,86,87,88,89,90 surówek poniżej 100 g
Wszystkie jadłospisy Kawa, herbata z cytryną do każdego posiłku dla gości komercyjnych	Nie zaoferowano herbaty z cytryną do każdego posiłku. W tj. 50-59,61-70,73-92	szczególności w ogóle brak herbaty z cytryną przy obiadach
Kompot codziennie do obiadu	Brak kompotu do obiadu 4 73-92	51,54,63,78,81,82,83,8
Zupa mleczna codziennie	Brak zupy mlecznej dla wszystkich 10 dni dla diety cukrzycowej	
Wszystkie jadłospisy Dżemy, miody, musztarda, keczup it. - ogólnie dostępne	Wykonawca zaoferował produkty dla gości komercyjnych wyłącznie na żądanie a nie jako tj. 50-59,61-70,73-92 ogólnie dostępne.	
Bułki codziennie 1 szt. do śniadania	Brak bułki do śniadania	50-59;61-70
Dania półmięsne 3X w dekadzie	2x w dekadzie	50-59,61-70,73-92
Ciasto codziennie do obiadu	Brak ciasta	53, 58, 74-92

również zarzut Odwołujący podniósł przez EWMAR Wasilewska złożenia i Szemborski Sp. j. dwóch jadłospisów 10-dniowych dla pacjentów komercyjnych odżywianych dietą cukrzycową. Zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią Specyfikacji, każdy z wykonawców zobowiązany był przedłożyć po jednym jadłospisie 10-dniowym dla każdej spośród trzech diet odrębnie dla gości komercyjnych i finansowanych z NFZ (razem 60 jadłospisów). Oferta EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. zawiera 70 jadłospisów, przy czym jadłospis dla diety cukrzycowej pacjentów komercyjnych zamieszczony jest na stronach 73-82, a następnie 83-92. Analiza treści tych dwóch jadłospisów wykazuje, zdaniem Odwołującego, że są to różne jadłospisy, nie doszło zatem do omyłkowego dwukrotnego zamieszczenia tego samego dokumentu, lecz do zaoferowania dwóch różnych jadłospisów na te same dni. Powyższe, w opinii Odwołującego, w oczywisty sposób uchybia wymaganiom Specyfikacji, uniemożliwia również dokonanie oceny ofert, bowiem Zamawiający nie może samodzielnie zdecydować, który jadłospis ma podlegać ocenie, a który należy uznać za nieobowiązujący. Odwołujący stwierdził, że załączenie dwóch jadłospisów na ten sam okres dla tej samej diety stanowi istotną niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jest kolejną przesłanką do odrzucenia oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp znajduje swoje uzasadnienie w ocenie ofert przeprowadzonej przez Zamawiającego w ramach kryterium „ocena wartości jadłospisów". Zwrócił uwagę, że Zamawiający przy ocenie jadłospisów zobowiązany był zweryfikować je pod względem „wymaganych produktów, wartości gramowej, kaloryczności, urozmaicenia wynikającego z dostępnych surowców w określonych porach roku". Abstrahując od faktu niespełnienia przez EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. wymagań Specyfikacji Odwołujący stwierdził, że ocena jadłospisów w ramach kryterium oceny ofert dokonana została w sposób nierzetelny. Zdaniem Odwołującego, jadłospisy przedstawione przez Odwołującego w większości przypadków cechują się wyższymi parametrami od jadłospisów EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. Pomimo tego obydwie oferty otrzymały identyczną liczbę punktów. W ocenie Odwołującego, przy ocenie ofert nie zastosowano kryteriów oceny określonych w Specyfikacji, co jest kolejną przesłanką do nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. jako oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. W sytuacji potwierdzenia się podnoszonych przez Odwołującego zarzutów oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Powyższe wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Fakt,

iż zaoferowana przez Odwołującego cena za realizację przedmiotu zamówienia przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, na co wskazuje Zamawiający, nie stanowi podstawy do stwierdzenia braku interesu. Izba stoi na stanowisku, że o tym czy cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia można rozstrzygać dopiero w przypadku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej nie został dokonany. Tym samym Izba nie może pozbawić Odwołującego prawa do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli żądaniem odwołania jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie ponownego badania i oceny oferty. Takie postępowanie Odwołującego, niezależnie od jego zasadności, zmierza do uzyskania zamówienia, bowiem przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie można stwierdzić, czy rzeczywiście kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa niż kwota wybranej oferty. Wskazać należy, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością odrębną od czynności ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający nie wykazał, że zwiększenie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o czym mówi art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest możliwe.

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie jest stwierdzenie czy jadłospisy składane przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie powinny być zgodne z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba stwierdziła, że Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przykładowych jadłospisów, co jednoznacznie wynika z pkt 3.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie Zamawiający wskazał m.in.: „Razem proszę przedstawić do oferty 60 jadłospisów zawierających: minimalne wymogi gramowe, podane wyżej wymogi dotyczące składników poszczególnych posiłków z uwzględnieniem sezonowości warzyw i owoców, kaloryczności, zawartości węglowodanów, białek, tłuszczy, wymienników.”. Ww. wymagania, w tym minimalne wymogi gramowe i skład posiłków Zamawiający opisał szczegółowo w pkt 3.5 i 3.6 Specyfikacji. Nie ulega wątpliwości, w ocenie Izby, że jadłospisy, których przygotowania wymagał Zamawiający, stanowią treść oferty wykonawców i jako takie powinny być w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powyższe potwierdził sam Zamawiający w pkt 6.1 Specyfikacji stwierdzając, że „na ofertę składają się” m.in. zestawy proponowanych jadłospisów (pkt 6.1 ppkt 6 Specyfikacji). Sporne jadłospisy w żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez

zamawiającego, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, i które zostały przykładowo wskazane w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania, opisujące sposób jego wykonania, stanowiące ponadto przedmiot oceny w ramach ustanowionych kryteriów, stanowią oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie

do określonego wykonania zamówienia i jako takie są częścią oferty.

Obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z potrzebami, założeniami opisanymi przez Zamawiającego w Specyfikacji. Założenia dla przygotowania ofert przez wykonawców powinny być wyraźnie sprecyzowane i jednakowe dla wszystkich wykonawców. Powyższe ma znaczenie tym bardziej, że ocena wartości jadłospisów była, jak wskazano powyżej, jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 30% (pkt 13.1 Specyfikacji). Wobec szczegółowego określenia przez Zamawiającego wymaganych produktów oraz minimalnych wymogów dotyczących wartości gramowych oraz tak ustanowionego kryterium oceny, złożenie oferty niespełniającej tych wymagań stanowi jednoznacznie o jej sprzeczności z treścią Specyfikacji. Bez znaczenia na tym etapie postępowania pozostaje przy tym prawidłowość przygotowanych jadłospisów pod względem zasad żywienia – Zamawiający stawiając wymagania w tym zakresie zobowiązany był wymogi te uwzględnić. W sytuacji jednak, gdy wymagania te zostały opisane w Specyfikacji i nie zostały zakwestionowane przez wykonawców, nieuprawnione jest na tym etapie postępowania odstępowanie od wyraźnie określonych wymagań przy ocenie ofert wykonawców. Obowiązek przygotowania na etapie składania ofert jadłospisów zgodnie z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 z dnia 21 lutego 2011 r. dotyczące pkt 3.5 i 3.6 Specyfikacji w brzmieniu: „Czy podane wymagania dotyczące jadłospisów są jedynie zaleceniami Zamawiającego czy też bezwzględnym wymogiem obowiązującym przy przygotowaniu jadłospisów składających się na treść oferty?”. Odpowiadając na ww. pytanie Zamawiający stwierdził, że „podane wymagania są minimum bezwzględnym wymogiem”.

Wobec tak sprecyzowanych wymagań w zakresie treści oferty złożenie przez wykonawcę EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp.j. jadłospisów odbiegających od ich określonej przez Zamawiającego treści, co potwierdził sam wykonawca EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp.j. w piśmie z dnia 17 marca 2011 r., jednoznacznie stanowi o ich niezgodności z treścią Specyfikacji. Należy przy tym zaznaczyć, że czym innym jest przygotowanie przykładowych jadłospisów na etapie oceny ofert w celu stwierdzenia ich zgodności ze Specyfikacją i dokonania oceny ofert, czym innym z kolei opracowanie

jadłospisów na etapie realizacji zamówienia, które biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, będą musiały być dostosowane do indywidualnych pacjentów, zaleceń lekarzy oraz określonych przez dietetyka norm.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że naruszony został przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący postawił również zarzut nierzetelnej oceny ofert wykonawców w kryterium „ocena wartości jadłospisów” w oderwaniu od niezgodności oferty EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, że złożone przez niego jadłospisy cechują się wyższymi parametrami od jadłospisów wykonawcy EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. Sam fakt stwierdzonej niezgodności jadłospisów EWMAR Wasilewska i Szemborski Sp. j. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie może stanowić podstawy do uznania, że jadłospisy opracowane przez Odwołującego cechują się wyższymi parametrami.

Jednocześnie, Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że Zamawiający zastosował inne założenia, kryteria dla oceny ofert poszczególnych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Odwołującego, obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

……