

**Sygn. akt: KIO 2049/17**

**WYROK**

**z dnia 27 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29.09.2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **V.S. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Gruźlicy i Chorób Płuc, ul. Jagiellońska 78, 10-357 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **A.R. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasądza od odwołującego V.S. Sp. z o.o., (...) na rzecz przystępującego **A.R. Sp. z o.o.,(...)** kwotę 3597,75 (trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem 75/00) złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**

Przewodniczący .....

## UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zespół Gruźlicy i Chorób Płuc z siedzibą w Olsztynie, dalej „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Świadczenie usług żywieniowych dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zespołu Gruźlicy i Chorób Płuc*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 czerwca 2017 roku pod numerem 2017/S 117-234993.

Pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty został przez Zamawiającego unieważniony w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 września 2017 roku sygn. akt KIO 1814/17. Zamawiający pismem z dnia 20 września 2017 roku powiadomił wykonawców o dokonaniu ponownego badania i oceny ofert. W jego wyniku Zamawiający ponownie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez A.R. Sp. z o.o.,(...).

Wykonawca V.S. Sp. z o.o., (...) wobec takiej czynności Zamawiającego wniósł odwołanie od czynności zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że, pomimo że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy nie jest możliwa do ustalenia treść oferty Wykonawcy w zakresie wartości "wsadu do kotła".

2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że umowa, która ma zostać zawarta z Wykonawcą A.R. sp. z o.o. w wyniku rozstrzygnięcia postępowania, może zostać unieważniona z

powodu dokonania .przez Zamawiającego czynności opisu kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający porównanie, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

3. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w sytuacji gdy kryterium oceny ofert "wsad do kotła" dotyczy kosztów realizacji usługi, które nie są wiążące dla wykonawcy, co umożliwia manipulowanie składnikami ceny w celu uzyskania największej ilości punktów, a w konsekwencji uniemożliwia porównanie ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) unieważnienia postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 września 2017 roku w sprawie pod sygn. akt KIO 1814/17, nie przyznał punktów Wykonawcy A.R. sp. z o.o. w kryterium oceny ofert "wsad do kotła". Ponadto Zamawiający stwierdził, że jadłospis sporządzony przez Odwołującego również jest niezgodny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i również nie przyznał Odwołującemu punktów w kryterium "wsad do kotła". Podkreślił, że Zamawiający zignorował jednak, że ww. wyrok wywiera dalej idące skutki dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak to wynika z uzasadnienia wyroku, w przypadku niezłożenia przez wykonawców przykładowego jadłospisu albo złożenia jadłospisu sporządzonego niezgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawcy nie mogą otrzymać punktów w kryterium "wsad do kotła". Izba nie odniosła się do tego, jaka jest treść oferty wykonawcy, który nie złożył przykładowego jadłospisu albo złożył jadłospis przygotowany niezgodnie z SIWZ. Każdy wykonawca musiał zadeklarować w Formularzu oferty wartość artykułów spożywczych poprzez wskazanie, jaki procent dziennej stawki wyżywienia, będzie przeznaczony na artykuły spożywcze. Wykonawcy nie mogli zadeklarować mniej niż 60% i więcej niż 80%. Aby otrzymać punkty za tę deklarację, Wykonawca musiał przedłożyć przykładowy jadłospis sporządzony zgodnie z SIWZ. Jednak ani SIWZ, ani ww. wyrok Izby nie zawiera wyjaśnienia, jaka jest treść zobowiązania wykonawcy, w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego przedłożenia przykładowego jadłospisu niezgodnego z SIWZ, a w konsekwencji nieprzyznania wykonawcy punktów w kryterium "wsad do kotła".

Nadto podniósł, że na skutek braków SIWZ co do określenia konsekwencji niezłożenia przykładowego jadłospisu albo złożenia jadłospisu sporządzonego niezgodnie z SIWZ, niejasna jest treść zobowiązania Wykonawcy A.R. sp. z o.o. w zakresie istotnych elementów usługi. Z jednej strony Wykonawca ten zadeklarował, że wartość artykułów spożywczych podana w uśrednionej dziennej stawce wyżywienia jednego pacjenta wyniesie 80%. Z drugiej jednak strony, na skutek błędów w przygotowanym przez Wykonawcę jadłospisie, Wykonawca ten nie otrzymał punktów w kryterium "Deklarowany wsad do kotła". Oferta Wykonawcy została zatem oceniona tak, jak oferta wykonawcy, który zadeklarowałby wartość wsadu do kotła w wysokości 60%. Skoro oferta Wykonawcy została oceniona w taki sposób, jakby Wykonawca nie złożył deklaracji o 80% wartości wsadu do kotła, to Wykonawca ten może podnosić w toku realizacji usługi, że nie jest związany deklaracją o 80% wartości wsadu do kotła. Obniżenie przez Wykonawcę wartości wsadu do kotła z 80% do 60% oznaczać będzie, że Zamawiający otrzyma posiłki sporządzone z artykułów spożywczych o bardzo niskiej jakości.

Nie jest zatem możliwe ustalenie istotnej przedmiotowo treści umowy, która ma zostać zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wartość artykułów spożywczych, z których sporządzone zostaną posiłki dla pacjentów Zamawiającego stanowią istotną przedmiotowo treść umowy. Niemożność ustalenia, jakiej treści jest postanowienie umowy stanowi nieusuwalną wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która powoduje jej nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność. Przewidziana *ab initio* nieważność umowy jest bardziej dolegliwą od przewidzianej m.in. w art. 146 ust. 1 i ust. 6 Pzp. możliwości unieważnienia umowy, która rodzi skutki dopiero z chwilą jego orzeczenia.

Odnosząc się do kryterium oceny ofert podał, że Zamawiający określił kryteria oceny ofert i sposób dokonywania oceny ofert w sposób uniemożliwiający ustalenie treści zobowiązania wykonawcy. Zamawiający nie przewidział w SIWZ, czy w przypadku nieprzyznania wykonawcy punktów w kryterium "wsad do kotła" z powodu niezłożenia przykładowego jadłospisu albo złożenia jadłospisu sporządzonego niezgodnie z SIWZ, wiążąca jest dla wykonawcy deklarowana wartość wsadu do kotła wyższa niż 60%. Skoro wykonawca z powodu niezłożenia przykładowego jadłospisu albo złożenia jadłospisu sporządzonego niezgodnie z SIWZ otrzymuje 0 punktów w kryterium "wsad do kotła", to należy go traktować na gruncie SIWZ tak, jakby zadeklarował 60% wartość wsadu do kotła. Wymaganie od wykonawcy, który nie złożył przykładowego jadłospisu albo złożył jadłospis sporządzony niezgodnie z SIWZ, utrzymanie wartości wsadu do kotła w wysokości wyższej niż 60%, prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców i uniemożliwia zbadanie, czy oferta wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Podniósł, że wadliwości kryteriów oceny ofert nie da się usunąć na obecnym etapie postępowania. Oferty zostały złożone i ocenione, tym samym Zamawiający nie ma możliwości poprawienia SIWZ. Wadliwe określenie kryteriów oceny ofert, które uniemożliwia porównanie ofert, powoduje że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru wykonawcy.

Ponadto dodał, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób sprzeczny z prawem zamówień publicznych, a co za tym idzie również naruszył dyscyplinę finansów publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po zapoznaniu się z zarzutami odwołania postanowił *uwzględnić zarzuty odwołania w całości i unieważnić postępowanie przetargowe*. Natomiast w dalszej części prezentowanego stanowiska podał, że niewątpliwie zarzuty odwołania dotyczą treści SIWZ, i jako takie, w oparciu o art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, są spóźnione i winny podlegać odrzuceniu. Jednakże zauważył, że w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie, gdy jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i Zamawiający nie może tego nie brać pod uwagę przy ocenie zarzutów odwołania. Ponadto, zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o

unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Dlatego też po dokonaniu analizy zarzutów odwołania zamawiający doszedł do przekonania, że treść SIWZ nie pozwala na obiektywne dokonanie wyboru oferty z zachowaniem zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zapisy SIWZ, w części dotyczącej kryterium „wsadu do kotła”, mogą co najmniej utrudniać rzetelne porównanie i ocenę ofert, gdyż inną wartość wsadu do kotła stanowi określony procent od ceny całodziennego wyżywienia pacjenta w kwocie 16,09 zł brutto, zaproponowanej przez V.S., a inną ten sam procent ze stawki zaproponowanej przez A.R. tj. 13,82 zł brutto. W rzeczywistości zamawiający otrzyma więc usługę o innej jakości, bo z oczywistych przyczyn, wartość wsadu do kotła, oddziałująca w sposób bezpośredni na jakość usługi, nie będzie porównywalna. Jeśli np. obaj wykonawcy zadeklarowaliby, że wartość wsadu do kotła wyniesie 80% stawki dziennej wyżywienia jednego pacjenta, a jeden z wykonawców zaoferowałby cenę całodziennego wyżywienia pacjenta w kwocie 40 zł, a drugi w kwocie 20 zł, to w pierwszym przypadku wartość wsadu do kotła wyniesie 32 zł, a w drugim - 16 zł, zaś obaj wykonawcy otrzymają taką samą ilość punktów. Ponadto treść SIWZ, w zakresie dotyczącym tego kryterium, w sposób niewystarczająco precyzyjny określała zasady sporządzenia przez wykonawców przykładowego jadłospisu, tak aby jasno wynikało z niego, że posiłki podane w jadłospisie zostały przygotowane z produktów, których wartość jest zgodna z wartością zadeklarowanego przez wykonawcę w ofercie „wsadu do kotła”.

Nadto dodał, że za uwzględnieniem zarzutów odwołania przemawiała kwestia, iż wobec przyznania w tym kryterium 0 pkt obu wykonawcom, powstaje wątpliwość, czy wybrany wykonawca jest zobowiązany realizować zamówienie w taki sposób, że wartość wkładu ma stanowić 60% czy też 80% wsadu do kotła. Ponadto Zamawiający nie określił w sposób wystarczająco precyzyjny, jak będzie kontrolował czy wykonawca w toku wykonywania umowy, przestrzega zadeklarowanej wartości wsadu do kotła; co może prowadzić do naruszenia zasady konkurencyjności.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca A.R. sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania z powodu wniesienia go po upływie terminu określonego w ustawie, względnie o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko wskazał na kwestie, że toczące się postępowanie odwoławcze jest skutkiem skorzystania przez Odwołującego po raz drugi z przysługujących wykonawcom w postępowaniu środków ochrony prawnej, Odwołujący miał możliwość wnikliwej analizy treści SIWZ na etapie zadawania pytań Zamawiającemu, jak również konstruując zarzuty pierwszego odwołania, które złożył wobec wyboru w dniu 22 sierpnia 2017 r. oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej (rozstrzygnięcie Izby pod sygnaturą KIO 1814/17). Nie bez znaczenia w tym zakresie

pozostaje okoliczność, iż zarzuty podnoszone poprzednio przez Odwołującego dotyczyły oceny oferty przystępującego w kryterium, które na obecnym etapie Odwołujący uważa za wadliwe.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, w której — jak uważa Przystępujący — sam siebie próbuje przekonać do zasadności decyzji o unieważnieniu, zupełnie pomija treść SIWZ, przebieg postępowania, jak również treść własnego uzasadnienia powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 września 2017 r. Wszystkie powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, iż decyzja Zamawiającego nie była podyktowana przekonaniem o rzeczywistej konieczności unieważnienia postępowania, ale wyłącznie obawą o ewentualne poniesienie kosztów postępowania odwoławczego. Nadto dodał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego i obawom Zamawiającego, samo nieprzyznanie punktów w kryterium deklarowany wsad do kotła” nie ma żadnego wpływu na treść zobowiązania wykonawcy, zawartego w treści formularza ofertowego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest niezasadne i tym samym zostaje oddalone**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wykonawca wykazał interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Również zgłaszający przystąpienie wykonawca wykazał spełnienie interesu co do przystąpienia po stronie Zamawiającego, który to uznał w trakcie oceny ofert, ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu. Fakt iż po wniesieniu odwołania Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania nie zmienia tej kwestii. Wniesienie sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego powoduje sytuację, że czynność uwzględnienia zarzutów odwołania mogąca doprowadzić do umorzenia postępowania odwoławczego upada i postępowanie odwoławcze jest nadal prowadzone.

Odnosząc się do stanowisk Zamawiającego i Przystępującego, że odwołanie zostało wniesione wobec treści postanowień SIWZ i tym samym jest na obecnym etapie postępowania spóźnione i w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp winno zostać odrzucone, Izba w dużej mierze zgadza się z tym stanowiskiem, co znajduje uzasadnienie w poniższej treści, gdzie Izba pomija odnoszenie się do zarzutów dotyczących treści postanowień SIWZ, odnosząc się tylko do kwestii wady postępowania.

Jednakże mając na względzie fakt, że Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania z powodu jego wady, jednocześnie nie wskazując konkretnie na jakiegokolwiek

postanowienie SIWZ, Izba uznała, że w tej sytuacji odrzucenie odwołania pozbawiłoby wykonawcę możliwości rozstrzygnięcia podniesionych zarzutów i tym samym postanowiła rozpoznać przedmiotowe odwołanie pod kątem, czy faktycznie postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest istotną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Izba wskazuje, że dla oceny podniesionego zarzutu rzekomej wady postępowania wskazać należy na istotne okoliczności stanu faktycznego postępowania jakie miały miejsce do czasu wniesienia przedmiotowego odwołania. Zamawiający w wyniku oceny ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 22 sierpnia 2017 roku. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez wykonawcę A.R.. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca V.S. sp. z o.o. złożył odwołanie do Prezesa KIO zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie w sposób nieprawidłowy oceny oferty wykonawcy A.R. i zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, a także naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybranie, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty która podlegała odrzuceniu, ponieważ jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut z art. 91 ust.1 opierał się na tym, że wykonawcy A.R. zostały przyznane punkty w kryterium „*deklarowany wsad do kotła*” pomimo tego, że złożony przykładowy jadłospis nie odpowiadał treści SIWZ. KIO wyrokiem z dnia 11 września 2017 roku sygn.. KIO 1814/17 uwzględniła odwołanie w zakresie naruszenia art. 91 ust.1 Pzp i nakazała nie przyznawać wykonawcy A.R. punktów w tym kryterium. Natomiast zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ został przez Izbę oddalony.

W wyniku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający uznał również, że przedłożony przez Odwołującego jadłospis w powyższym kryterium także jest nieprawidłowy i tym samym również Odwołującemu nie przyznał punktów w tym kryterium. Równocześnie uznał, że oferta złożona przez A.R. jest ponownie najkorzystniejsza w postępowaniu.

Ta czynność spowodowała, że wykonawca V.S. sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa KIO zarzucając Zamawiającemu zaniechanie unieważnienia postępowania, które obarczone jest istotną wadą uniemożliwiającą zarówno prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty, jak i możliwość zawarcia ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy o wykonanie tego zamówienia.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Odwołującemu nie przeszkadzała treść postanowień SIWZ dopóki miał szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Natomiast z chwilą kiedy ta szansa została utracona to uznał, że zaistniała wada postępowania nakazująca jego unieważnienie. Podkreślił także, że wada postępowania uwidoczniła się także w wyniku orzeczenia KIO z 11 września 2017 roku, gdyż *Izba nie odniosła się do tego, jaka jest treść oferty wykonawcy, który nie złożył przykładowego jadłospisu albo złożył jadłospis przygotowany niezgodnie z SIWZ, a także, że wyrok Izby nie*

*zawiera wyjaśnienia, jaka jest treść zobowiązania wykonawcy, w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego przedłożenia przykładowego jadłospisu niezgodnego z SIWZ, a w konsekwencji nieprzyznania wykonawcy punktów w kryterium "wsad do kotła".*

Wskazać nadto należy, że Odwołujący w oparciu o kilka specyfikacji z innych postępowań, które przedłożył na rozprawie wywodził, że istnieje możliwość innego opisanie sposobu ustalania i oceniania wartości wsadu do kotła, niż to uczynił Zamawiający i ten sposób wskazany w tych SIWZ winien być wzorem dla Zamawiającego przy ponownym formułowaniu treści SIWZ.

Jak z powyższego można wywieść Odwołujący wadę postępowania wywodził z tego, że Izba w wyroku sygn. KIO 1814/17 nie przesadziła jaka jest treść zobowiązania wykonawcy w przypadku złożenia przez niego nieprawidłowego przykładowego jadłospisu i nieprzyznania mu z tego tytułu punktów w kryterium „wsad do kotła”. Wątpliwości miałyby powstać w sytuacji kiedy wykonawca zobowiązał się w ofercie do wartości wsadu w wysokości 80%, a jeśli nie otrzymał punktów w tym kryterium to czy może realizować zamówienie przy wsadzie w wysokości minimalnej tj. 60% wartości wysadu w stosunku do zaoferowanej ceny jednostkowej.

Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego jest niezasadne i pomija całkowicie jednoznaczne stanowisko Izby wskazane w uzasadnieniu wyroku KIO 1814/17, gdzie na stronie 12 Izba stwierdziła, że *„Wykonawca, który nie otrzyma punktów w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła”, a miałby realizować umowę, będzie obowiązany realizować ją w oparciu o postanowienia tej umowy co do przedmiotu zamówienia oraz wymagania zawarte w SIWZ do czego wykonawca zobowiązał się w pkt 7 Formularza oferty tj. dostarczania posiłków na warunkach i w terminach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia...”*. Ponadto Izba przesądziła, że przykładowy 10 dniowy jadłospis, który miał być złożony dla uzyskania punktacji w kryterium „wsad do kotła” nie stanowił podstawy do realizacji zamówienia, a więc nie jest treścią oferty, gdyż brak jego złożenia nie powoduje niezgodności oferty z SIWZ, a tylko jest dokumentem oferty w oparciu o który wykonawca może uzyskać punkty w kryterium oceny ofert. Wynika to jednoznacznie z treści uzasadnienia – str.11 ww. wyroku, że *„wykonawca, który nie złożył przykładowego 10 dniowego jadłospisu nie ponosi żadnych konsekwencji poza tym, że w jednym z kryteriów oceny ofert nie uzyska punktów”*.

Tym samym Izba uznaje, że wykonawca który nie złożył przykładowego jadłospisu, bądź złożony nie odpowiada wymaganiom SIWZ, to realizuje umowę w przypadku wybrania jego oferty, według oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, co do procentowego udziału *wsadu do kotła* w zaoferowanej cenie jednostkowej. Tak więc Przystępujący który zaoferował wsad do kotła w wysokości 80% uśrednionej stawki dziennej wyżywienia, w przypadku utrzymania wyboru jego oferty, będzie zobowiązany realizować zamówienie



gdzie 80% tego kosztu będzie stanowił koszt wsadu do kotła. Kwestia przyznania lub nieprzyznania punktów w kryterium wsad do kotła nie ma żadnego wpływu na treść zobowiązania wykonawcy zawartego w treści oferty.

Niezasadne jest również wywodzenie wady postępowania z tego, że w przypadku kiedy wykonawcy zaoferowali np. taką samą wysokość procentową wsadu do kotła w stawce dziennej to w sytuacji kiedy ta stawka będzie różna, to różna będzie także wielkość kwotowa wsadu do kotła. Niewątpliwie Zamawiający mógł przyjąć inny sposób miernika wsadu do kotła np. w kwotach bezwzględnych w miejsce udziału procentowego, ale nie jest to wada postępowania. Jest to inna metoda obliczania wielkości wartości artykułów spożywczych w uśrednionej stawce dziennego wyżywienia. W tym zakresie postanowienia SIWZ były jasne i czytelne od chwili ich upublicznienia i jeśli Odwołujący uznawał, że takie postanowienia SIWZ naruszają prawo (art. 180 ust.1 Pzp) to mógł je kwestionować na właściwym etapie.

Ponadto wskazać należy, że sposób ustalania jakości i ilości towarów we wsadzie do kotła nie jest wprost proporcjonalny do kwoty za jaką został towar został zakupiony, gdyż ten sam towar można nabyć za różną cenę, a przy stałej cenie wartości wsadu, ich ilość może być różna. Dlatego też nie ma idealnego sposobu na ustalenie kryteriów oceny oferty, która pozwoliłaby na ustalenie, że wsad do kotła nabyty za tą samą kwotę będzie taki sam zarówno co do jakości, jak i wartości kalorycznych. Niewątpliwie, Zamawiający opisał spełnianie przez wykonawcę jego potrzeb w zakresie wyżywienia pacjentów i w oparciu o przewidziane środki będzie musiał je kontrolować. Dokonany opis nie wskazuje na wadę postępowania mogącą mieć wpływ na jego wynik. Nadto Izba uznała, że dokonany opis przedmiotu zamówienia, jak i sposób ustalenia kryteriów oceny ofert nie uniemożliwił Zamawiającemu dokonania właściwej oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Izby niezasadne było stanowisko Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania, który - jak można było wywieść z wypowiedzi pełnomocnika na rozprawie, iż uwzględnił zarzuty odwołania bo obawiał się między innymi ponownego przegrania odwołania przed KIO.

Odnosząc się do samej możliwości unieważnienia postępowania z powodu jego wady wskazać należy, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyjątkowy. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że nie może być wywodzony na okoliczności podobne do przewidzianych ustawą. Warunkiem skuteczności unieważnienia przetargu jest wykazanie najpierw wady postępowania oraz jej nieusuwalności, a dopiero potem skutku w postaci niemożliwości zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne.

Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła, tj. jakakolwiek wada postępowania. Musi

to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że zawarta w następstwie dotkniętej nim procedury umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby – w świetle art. 146 ust. 1 Pzp – unieważnieniu. Przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość lepszego, sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego jak również lepszego opisanie przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że przedmiotowe postępowanie nie zostało obarczone wadą w zakresie opisanym w odwołaniu. Sam Odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek przepisu SIWZ który by taką wadę powodował, ani nie podał okoliczności, które taką nieusuwalną wadę stanowią. Odwołujący w tym zakresie wskazywał na ogólne okoliczności właściwe niemalże każdemu postępowaniu, tj. że na etapie jego realizacji mogą wystąpić problemy z jego prawidłowym wykonaniem. Etap realizacji zamówienia następujący po podpisaniu umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest poddany kognicji KIO. Również KIO nie jest organem właściwym do rozstrzygania czy Zamawiający dokonując takiego opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisów ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Izba oddaliła odwołanie uznając je za niezasadne, co czyni także niezasadnym działanie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania oraz unieważnienia postępowania w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) oraz § 5 ust 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący .....