

Sygn. akt: KIO 1814/17

WYROK
z dnia 11 września 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 11 września 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2017 roku przez wykonawcę V. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Gruźlicy i Chorób Płuc z siedzibą w O.

przy udziale wykonawcy A.-R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pod nazwą *Świadczenie usług żywieniowych dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zespołu Gruźlicy i Chorób Płuc*.

Nakazuje Zamawiającemu w kryterium oceny ofert *Deklarowany wsad do kotła* wykonawcy A.-R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. nie przyznawać punktów.

Nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Gruźlicy i Chorób Płuc z siedzibą w O. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę V. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Gruźlicy i Chorób Płuc z siedzibą w O. na rzecz wykonawcy V. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) 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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Gruźlicy i Chorób Płuc z siedzibą w O. – 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.

1 września 2017 roku działając na podstawie art. 179 ust.1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł wobec czynności Zamawiającego dokonania nieprawidłowej oceny ofert, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A.-R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. i dokonania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie w sposób nieprawidłowy oceny oferty wykonawcy A.-R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (dalej: A.-R.) i zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), a zatem oferta ta podlega odrzuceniu;
- 2) 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;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez przyznanie punktów (i to maksymalnej ich liczby) wykonawcy A.-R. w kryterium "*deklarowany wsad do kotła*", pomimo że zgodnie z zasadą przewidzianą w SIWZ, aby uzyskać punkty w tym kryterium należało złożyć jadłospis 10-dniowy uwzględniający deklarowany wsad do kotła, przy czym nie mógł być to jadłospis dowolny, ale odpowiadający wymaganiom SIWZ, a jadłospis zaoferowany przez w/w wykonawcę nie odpowiadał treści SIWZ;
- 4) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z pkt XIX.1 SIWZ przez wybranie, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty która była niezgodna z wymogami i treścią SIWZ;

- 5) przeprowadzenie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób dyskryminujący, nieobiektywny, niezgodny z SIWZ i tym samym niepoprawny, w tym wybranie jako oferty najkorzystniejszej, wbrew pkt XIX. 1 SIWZ, oferty, która nie odpowiada zasadom określonym w ustawie i zawartym w SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) odrzucenia oferty wykonawcy A.-R.,
- c) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania wskazując, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, ponieważ złożył ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, a na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i nieprawidłowości w procesie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący wskazał, że w dniu 22 sierpnia 2017 roku Zamawiający powiadomił wykonawców o sposobie dokonania oceny ofert i wybraniu, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy A.-R., pomimo że treść oferty tego wykonawcy była niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający dokonał zatem nieprawidłowej oceny ofert i nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przeprowadził ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej w sposób dyskryminujący wobec Odwołującego, nieobiektywny i niezgodny z SIWZ. Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty wykonawcy A.-R. winna być zmieniona.

Zamawiający wskazał w pkt XIX. 1 SIWZ "Postanowienia końcowe", że "Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy którego oferta odpowiada zasadom określonym w Ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych i zawartym w Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia oraz została uznana za najkorzystniejszą". Odwołujący wskazał, że Zamawiający wbrew pkt XIX. 1 SIWZ wybrał, jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę, która nie odpowiada zasadom określonym w Ustawie i zawartym w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w treści SIWZ Zamawiający zawarł następujące zasady:

- 1) Zamawiający w pkt XIV.b) "Kryterium oceny ofert" wymagał dołączenia do oferty przykładowego 10-dniowego jadłospisu z "graniówkami" uwzględniającego oferowany wsad do kotła;

- 2) Zamawiający w pkt 7.c) załącznika nr 1 do SIWZ "Formularz ofertowy" wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do urozmaicenia posiłków zgodnie z przykładowymi jadłospisami załączonymi do oferty przetargowej, a w szczególności uzupełniania śniadań i kolacji owocami i warzywami bądź też ich przetworami, a także sporządzania raz na 7 dni kolacji gotowanej "na gorąco";
- 3) Zamawiający w pkt III.20 SIWZ "Opis przedmiotu zamówienia" oraz w załączniku nr 3 § 1 pkt 25 "Projekt umowy" nałożył na wykonawców wymagania w zakresie minimalnej gramatury potraw gotowanych i gotowych do spożycia: w tym - masło - minimum po 15 g;
- 4) Zamawiający w pkt III.12 SIWZ "Opis przedmiotu zamówienia" oraz w załączniku nr 3 § 1 pkt 16 "Projekt umowy" nałożył na wykonawców wymaganie: "Posiłki nie mogą się powtarzać przez okres min. 10 dni, zupy mleczne przez okres 7 dni".

Odwołujący wskazał, że Zamawiający winien był oceniać oferty i wybrać ofertę najkorzystniejszą zgodnie z zasadami, które wskazał w SIWZ oraz zgodnie z przepisami ustawy.

Wykonawca A.-R. złożył wraz z ofertą przykładowy 10-dniowy jadłospis. Jadłospis ten stanowi część oferty wykonawcy - jest on bowiem podstawą do przyznawania punktów przez Zamawiającego ofercie wykonawcy w ramach kryterium "deklarowany wsad do kotła", a nadto jest podstawą realizacji zamówienia publicznego po zawarciu umowy z Zamawiającym.

W formularzu ofertowym każdy z wykonawców zobowiązał się bowiem m.in. do urozmaicenia posiłków zgodnie z przykładowym jadłospisem załączonym do oferty przetargowej (pkt 7.c) załącznika nr 1 do SIWZ "Formularz ofertowy"). Tym samym, wskazał Odwołujący, Zamawiający ma pełne prawo wymagać od wykonawcy, z którym zawrze umowę, realizacji zamówienia w sposób zgodny ze złożonym przykładowym jadłospisem i zapewnienia takiego urozmaicenia posiłków - jak wskazano w tym jadłospisie. Jadłospis stanowi zatem element zobowiązania ofertowego wykonawcy.

Przykładowy jadłospis złożony przez wykonawcę stanowi część oferty wykonawcy i - jako część oferty - podlega badaniu co do jego zgodności z treścią SIWZ.

Obowiązkiem każdego z wykonawców ubiegających się o zamówienie było spełnienie wymagań Zamawiającego postawionych w treści SIWZ. Każdy jadłospis, bez względu na deklarowany przez wykonawcę wsad do kotła, winien przede wszystkim być zgodny z wymaganiami SIWZ, tj. musi spełniać wymogi Zamawiającego określone w SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2670/14, oferta nie odpowiada treści SIWZ, jeśli jest sporządzona inaczej niż wynika to z

postanowienia SIWZ. Niezgodność taka ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 16 lutego 2014 roku sygn.. akt KIO 200/15 "Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia (...) - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu albo sposobu wykonania ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji wymaganiom, Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją".

Zamawiający zaniechał dokonania odpowiedniej oceny oferty wykonawcy A.-R. pod kątem zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. Oferta tego wykonawcy w zakresie zaoferowanego jadłospisu 10-dniowego jest niezgodna z wymogami postawionymi przez Zamawiającego i nie realizuje oczekiwań Zamawiającego co do sposobu wykonania przedmiotu usługi. Wykonawca nie zaoferował usługi zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Taka oferta podlega odrzuceniu i uznanie jej za ważną i porównywanie z ofertą Odwołującego - stanowi o naruszeniu zasady niedyskryminacji i obiektywizmu w ocenie ofert:

1. Wykonawca A.-R. w przedstawionym w ramach oferty jadłospisie w dniu X na śniadanie oraz na kolację zaoferował masło jedynie o gramaturze - 10 g.

Tym samym wykonawca nie zapewnił odpowiedniej minimalnej gramatury masła, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Treść oferty wykonawcy nie jest zgodna z treścią SIWZ. Jakakolwiek zmiana oferty w tym zakresie jest niemożliwa. Wykonawca nie ma możliwości oferować Zamawiającemu dowolnej gramatury masła. Wykonawca winien był uwzględnić w ofercie wymagania Zamawiającego, a tego zaniechał. Treść oferty wykonawcy, a zatem treść zobowiązania wykonawcy, jest niezgodna w powyższym zakresie z treścią SIWZ.

2. Wykonawca A.-R. w przedstawionym w ramach oferty jadłospisie w dniu IV oraz w dniu X zadeklarował na śniadanie zupę mleczną z ryżem, a zatem - wbrew wymaganiu Zamawiającego - powyższa zupa mleczna powtarza się co 6 dni.

Tym samym wykonawca nie zapewnił odpowiedniego minimalnego urozmaicenia posiłków, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Treść oferty wykonawcy nie jest zgodna z treścią SIWZ. Jakakolwiek zmiana w tym zakresie nie jest możliwa. Odwołujący podkreślił, że jak wskazano w pkt 7.c) załącznika nr 1 do SIWZ "Formularz ofertowy" wykonawca zobowiązany jest do urozmaicenia posiłków zgodnie z przykładowymi jadłospisami załączonymi do oferty

przetargowej. W tej sytuacji wykonawca zobowiązał się do urozmaicenia posiłków w sposób, który nie spełnia minimalnych standardów Zamawiającego. Treść oferty wykonawcy, a zatem treść zobowiązania wykonawcy, jest niezgodna w powyższym zakresie z treścią SIWZ.

Podkreślić należy, że powyżej wskazane wymagania SIWZ (gramatura, urozmaicenie posiłków), które nie zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy A.-R. mają charakter podstawowych i istotnych wymagań Zamawiającego. Powyższe wymagania uwzględniono nie tylko w samej SIWZ, ale również w projekcie umowy. Co więcej, Zamawiający podkreślił w treści formularza ofertowego, że każdy z wykonawców zobowiązany jest do zapewnienia w toku realizacji umowy takiego urozmaicenia posiłków, jak wynika to z zaoferowanego jadłospisu 10-dniowego. Jeśli zatem zobowiązanie wykonawcy wynikające z treści jadłospisu 10-dniowego jest niezgodne z SIWZ, oferta wykonawcy nie może być wybrana jako najkorzystniejsza.

Nadto - wskazał Odwołujący - aby otrzymać punkty w kryterium "deklarowany wsad do kotła" wykonawca winien był przedstawić jadłospis 10-dniowy, przy czym nie ulega wątpliwości, że przedstawiony jadłospis musiał spełniać wymagania SIWZ (nie mógł być to dowolny jadłospis 10-dniowy). Jeśli zatem jadłospis sporządzony jest niezgodnie z SIWZ, za deklarowany wsad do kotła nie jest możliwe w ogóle przyznawanie wykonawców punktów. Punkty mogą być bowiem przyznane tylko wówczas, gdy jadłospis, który jest podstawą do deklaracji określonego wsadu do kotła - jest sporządzony zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający nie powinien przyznawać w ogóle punktów, temu wykonawcy, który nie zaoferował jadłospisu zgodnego z SIWZ, skoro dla przyznawaniu punktów w tym kryterium wymagał przedłożenia jadłospisu.

Sposób, w jaki Zamawiający przeprowadził proces oceny złożonych w postępowaniu ofert i niewyciągnięcie konsekwencji z faktu niezgodności oferty wykonawcy A.-R. z treścią SIWZ - jest dyskryminacją Odwołującego, który sporządził w pełni prawidłową ofertę, w tym jadłospis 10-dniowy spełniający wymogi SIWZ. Zamawiający nie zachował zasad obiektywizmu uczciwej konkurencji. Dokonana przez Zamawiającego ocena ofert winna być unieważniona i powtórzona.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 września 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych przez Strony pismach.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 89 ust.1 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)*

2) *jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 3*

Art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

II.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze*

za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

III.

Izba ustaliła:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) rozdziału III. Opis przedmiotu zamówienia:

12. Wykonawca będzie zobowiązany do sporządzenia dziennych jadłospisów w formie zbiorczej obejmującej min. 10 dni. Posiłki nie mogą się powtarzać przez okres min. 10 dni, zupy mleczne przez okres 7 dni. Raz na siedem dni Wykonawca zobowiązany jest przygotować kolację „na ciepło”. Jadłospis winien być przedstawiony do akceptacji osobie wyznaczonej przez Zamawiającego z 7 dniowym wyprzedzeniem.

20. Minimalna wymagana gramatura potraw gotowanych, gotowych do spożycia: - zupy 350g - ryż, kasze, makarony 200g (do II dania obiadowego) - ziemniaki - gotowane 250g - drób, mięsa b/kości minimum 80g -100g, I gatunek - drób z /kością minimum po 250g - wędliny 50g - pasty 80g - pieczywo – pszenne, żytnie 150g - masło - minimum po 15g - surówki, sałatki od 80g do 150g - napoje (kawa, herbata, kakao) 250 ml - ryby: smażone, gotowane od 100g do 120g

Rozdziału XIV SIWZ – Kryterium oceny ofert:

Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierować się następującymi kryteriami :

a) Cena: waga max. 60 % (60pkt)

(...)

b) Deklarowany wsad do kotła: waga max. 40 % (20pkt)

Wykonawca w formularzu ofertowym składa deklarację o wartości artykułów spożywczych wyrażonej procentowo w uśrednionej dziennej stawce żywienia jednego pacjenta Zamawiającego. Zamawiający określa następujące wartości procentowe tzw. wsadu do

kotła, na podstawie których dokona porównania i oceny złożonych ofert: 60% stanowi minimalny, obowiązkowy dla Wykonawcy wsad do kotła

a) 60% uśrednionej dziennej stawki wyżywienia – 0 pkt b) 65% uśrednionej dziennej stawki wyżywienia - 5 pkt c) 70% uśrednionej dziennej stawki wyżywienia - 10 pkt d) 75% uśrednionej dziennej stawki wyżywienia - 15 pkt e) 80% uśrednionej dziennej stawki wyżywienia - 20 pkt

Aby uzyskać punkty w w/w kryterium Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty przykładowy, 10 dniowy jadłospis z „gramówkami” uwzględniający oferowany wsad do kotła.

c) Odległość: waga max. 20% (20pkt)

Załącznik nr 1 do SWIZ – Formularz oferty:

2. Deklarowany wsad do kotła (wartość artykułów spożywczych w stawce cał.ennego wyżywienia jednego pacjenta): (min. 60% - 0 pkt)..... % uśrednionej dziennej stawki wyżywienia – zgodnie z kryteriami oceny oferty określonymi w Rozdziale XIV, pkt SIWZ.

Aby uzyskać punkty w w/w kryterium Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty przykładowy, 10 dniowy jadłospis z „gramówkami” uwzględniający oferowany wsad do kotła.

Załącznik nr 3 do SIWZ – Projekt umowy

16. Wykonawca będzie zobowiązany do sporządzenia dziennych jadłospisów w formie zbiorczej obejmującej min. 10 dni. Posiłki nie mogą się powtarzać przez okres min. 10 dni, zupy mleczne przez okres 7 dni. Raz na siedem dni Wykonawca zobowiązany jest przygotować kolację „na ciepło”. Jadłospis winien być przedstawiony do akceptacji osobie wyznaczonej przez Zamawiającego z 7 dniowym wyprzedzeniem.

25. Minimalna wymagana gramatura potraw gotowanych, gotowych do spożycia:

(...)

- masło - minimum po 15g

(...)

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający określił w sposób jednoznaczny i precyzyjny w jaki sposób oraz po spełnieniu jakich wymagań będzie przyznawał punkty w kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przyznawał punkty w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła” na podstawie deklaracji zawartej

w Formularzu oferty odnoszącej się do wartości artykułów spożywczych, którą wykonawca winien podać w procentach w uśrednionej dziennej stawce żywienia jednego pacjenta. Wynika z tego, że to wykonawcy składający ofertę deklarowali swobodnie procent jaki stanowiły artykuły spożywcze w dziennej stawce żywienia. Zamawiający jedynie zastrzegł, że minimalny obowiązkowy wsadu do kotła stanowi próg 60% uśrednionej dziennej stawki żywienia, a deklarując ten próg wykonawca otrzymywał 0 punktów. Wykonawca maksymalnie mógł zaoferować 80% uśrednionej dziennej stawki żywienia, co też powodowało przyznanie wykonawcy maksymalnej ilości punktów tj. 20 pkt. Jednakże Zamawiający zastrzegł w treści SWIZ, że aby uzyskać punkty w tym kryterium Wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty przykładowy, 10 dniowy jadłospis z „gramówkami” uwzględniający oferowany wsad do kotła. Tak więc w ocenie Izby, zgodnie z postanowieniami SWIZ wykonawca mógł uzyskać punkty w kryterium oceny ofert, wtedy gdy zaoferował określony procent uśrednionej dziennej stawki żywienia jednego pacjenta w granicach punktowanych przez Zamawiającego, oraz gdy załączy do oferty przykładowy 10 dniowy jadłospis z „gramówkami” uwzględniający oferowany wsad do kotła. W przypadku, gdy wykonawca nie załączył do oferty przykładowego 10 dniowego jadłospisu to nie uzyska punktów w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła”, co jasno wynika z przytoczonego fragmentu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Brak załączenia do oferty przykładowego 10 dniowego jadłospisu nie wywołuje innego skutku w stosunku do wykonawcy poza nieprzyznaniem punktów, bowiem na żadną inną okoliczność dokument ten nie był żądany przez Zamawiającego. Prawodawca określił w sposób jednoznaczny w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U z 2016 r. poz. 1126), że Zamawiający ma możliwość zadania dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, co wykonawca potwierdzić musi dokumentami – jednakże w rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z przypadkiem żądania takich dokumentów.

Tym samym w ocenie Izby skoro wykonawca, który nie złożył przykładowego 10 dniowego jadłospisu nie ponosi żadnych konsekwencji poza tym, że w jednym z kryteriów oceny ofert nie uzyska punktów (co jasno wynika z uregulowania zawartego w SWIZ), to nie można w inny, odmienny sposób traktować wykonawcy, który taki przykładowy 10 dniowy jadłospis złoży, a który to jadłospis nie będzie odpowiadał wymaganiom przedmiotowym określonym w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWIZ. W każdym z tych przypadków wykonawca zgodnie z postanowieniami SWIZ nie powinien otrzymać w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła” punktów, a w efekcie w przypadkach tych aby nie były traktowane odrębnie należałoby uznać, że wykonawca nie przedstawił jadłospisów (bo albo

nie przedstawił w ogóle, albo nie odpowiadają SIWZ) bo nie przedstawił ich zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Inna ocena prowadziłaby do naruszenia zasad określonych ustawą. Jednocześnie na co należy zwrócić uwagę, w przypadku gdy w taki sam sposób traktujemy sytuację, gdy wykonawca dla oceny kryteriów nie złożył danych informacji albo złożył je niewłaściwie, co w efekcie spowodowało nieprzyznanie punktów w danym kryterium - to nie mogą one, jak starał się wskazywać to Odwołujący, stanowić podstawy do realizacji zamówienia w przyszłości, nie stanowiły bowiem podstawy do przyznania punktów w postępowaniu. Tym samym ani niezłożony wraz z ofertą przykładowy 10 dniowy jadłospis ale również złożony przykładowy 10 dniowy jadłospis nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego nie stanowi podstawy do realizacji zamówienia – w obu przypadkach wykonawca nie otrzymuje punktów w kryterium oceny ofert, bowiem odpadła podstawa do przyznania punktów. 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 oraz ścisłego przestrzegania zasad żywienia pacjentów, obowiązujących w podmiotach prowadzących działalność leczniczą. Natomiast w zakresie złożonego oświadczenia w ppkt c pkt 7 Formularza oferty tj. zobowiązania do urozmaicenia posiłków zgodnie z przykładowymi jadłospisami załączonymi do oferty przetargowej, a w szczególności uzupełniania śniadań i kolacji owocami i warzywami bądź też ich przetworami, a także sporządzania raz na 7 dni kolacji gotowanej „na gorąco” za skuteczne można byłoby uznać takie zobowiązanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca przedstawiłby skutecznie przykładowy 10 dniowy jadłospis czyli wtedy, gdy w kryterium oceny ofert uzyskałby punkty. Jednocześnie Izba podkreśla, że w treści projektu umowy par. 1 pkt 16 Zamawiający uregulował, że wykonawca będzie zobowiązany do sporządzenia dziennych jadłospisów w formie zbiorczej obejmującej min. 10 dni – posiłki nie mogą się powtarzać przez okres min. 10 dni, zupy mleczne przez okres 7 dni. Raz na siedem dni Wykonawca zobowiązany jest przygotować kolację „na ciepło”, a jadłospis winien być przedstawiony do akceptacji osobie wyznaczonej przez Zamawiającego z 7 dniowym wyprzedzeniem. Tym samym Zamawiający zagwarantował sobie realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami wskazanymi na etapie SIWZ (zawarte w opisie przedmiotu zamówienia), które to również stanowiły wytyczne do przygotowania przykładowych 10 dniowych jadłospisów. Umowa zawiera również pozostałe wymagania wskazane w SIWZ, a dotyczące gramatury jak i wartości energetycznej.

W ocenie Izby przykładowy 10 dniowy jadłospis powinien być - aby mógł być skutecznie złożony dla dokonania przez Zamawiającego oceny w kryterium oceny ofert „Deklarowany

wsad do kotła” i w efekcie przyznania punktów – odpowiadać przedmiotowo wymaganiom SWIZ określonym w opisie przedmiotu zamówienia, zarówno co do rodzaju posiłków i ich częstotliwości, oraz co do ich gramatury, jak i zakładanych wartości energetycznych. Jedynie wtedy poddaje się weryfikacji i pozytywnie może zostać oceniony w zakresie kryteriów oceny ofert, co z kolei prowadzi do możliwości przyznania wykonawcy punktów w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła” odpowiednio do zaoferowanego procentowego udziału uśrednionej dziennej stawki wyżywienia jednego pacjenta. Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, że *jakikolwiek jadłospis załączy wykonawca, będzie on podlegał ocenie, a ocena jadłospisu jest kwestią ustalenia granic oceny i gdyby pojawiło się coś konkretnego, np. zimny posiłek zamiast ciepłego, mogłoby to stanowić podstawę do nieprzyznania punktów*. Nie można się zgodzić z Zamawiającym, że ocenie będzie podlegał jakikolwiek jadłospis, a jego ocena jest kwestią ustalenia granic oceny, choć formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie to interpretacja wskazana przez Zamawiającego stanowi w zasadzie odstępnie od uregulowanych i przewidzianych w SWIZ zasad oceny kryteriów oceny ofert. Zamawiający sam pośrednio wskazuje, że przykładowy 10 dniowy jadłospis musi odpowiadać w zakresie przedmiotowym określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymaganiom wskazując na odstępnie od przyznania punktów w przypadku zmiany posiłku gorącego na zimny. Niedopuszczalna jest w ocenie Izby taka ocena, która odnosi się do gradacji uchybień w prezentowanym przez wykonawcę przykładowym 10 dniowym jadłospisie, i która to gradacja uchybień wyznacza granice ich dopuszczalności – Zamawiający nie wskazał w SWIZ na dopuszczalność pewnego progu odstępstw i nie dopuścił tym samym sanowania w przykładowym 10 dniowym jadłospisie błędów. Nie można również pominąć faktu, że Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że dostrzegł uchybienia w przykładowym 10 dniowym jadłospisie wykonawcy A.-R.. Nieprawidłowo tym samym przyznał Zamawiający wykonawcy A.-R. punkty w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła”, ponieważ przykładowy 10 dniowy jadłospis był niezgodny z wymaganiami dotyczącymi gramatury masła oraz niepowtarzalności zupy mlecznej przez okres 7 dni, co w trakcie rozprawy potwierdził również uczestnik postępowania wskazując na nieistotność uchybień. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, co oznacza, że przyznaje punkty w poszczególnych kryteriach danej ofercie i wybiera najkorzystniejszą. W przypadku, gdy Zamawiający przyzna ofercie wykonawcy punkty w danym kryterium, choć jak zostało wykazane powyżej nie powinien był tego uczynić, a następnie wybierze ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, to wybór taki niezgodny jest z art. 91 ust. 1 ustawy. Odnosząc się do wskazywanej przez Zamawiającego i uczestnika postępowania kwestii braku wpływu na wynik postępowania ewentualnego nieprzyznania punktów w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła” z uwagi na to, że oferta Odwołującego również ma

błędy w przykładowym 10 dniowym jadłospisie, za który, tak jak wykonawca A.-R., otrzymała punkty Izba wskazuje, że ocena oferty A.-R. dokonana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie podlegała ocenie Izby. W dniu wydawania orzeczenia oferta tego wykonawcy została zbadana i oceniona przez Zamawiającego, co znalazło odzwierciedlenie w piśmie „Zawiadomienie o wyniku postępowania”, a w kryterium oceny ofert „Deklarowany wsad do kotła” wykonawca ten uzyskał 20 punktów.

Reasumując, wskazywane przez Odwołującego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, również w kontekście art. 91 ust. 1 ustawy, w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia natomiast Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy dlatego nakazała Zamawiającemu uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jak również nakazała Zamawiającemu w kryterium oceny ofert *Deklarowany wsad do kotła* wykonawcy A.-R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. nie przyznawać punktów, a w konsekwencji badanie i ocenę ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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 ze zm.).

Przewodniczący: