

WYROK
z dnia 28 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2012 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2012 r. przez wykonawcę **SERENISSIMA Polska Sp. z o.o., Al. Politechniki 3a, 90-924 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Aleksandrowska 159, 91-229 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **KSM Polska Sp. z o.o., ul. Mokotowska 14, 00-561 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **SERENISSIMA Polska Sp. z o.o., Al. Politechniki 3a, 90-924 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SERENISSIMA Polska Sp. z o.o., Al. Politechniki 3a, 90-924 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **SERENISSIMA Polska Sp. z o.o., Al. Politechniki 3a, 90-924 Łódź** na rzecz **Specjalistycznego Psychiatrycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej, ul. Aleksandrowska 159, 91-229 Łódź** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Aleksandrowska 159, 91-229 Łódź, zwany dalej „Odwołującym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie kompleksowej usługi gastronomicznej w zakresie przygotowywania i dostawy całodziennych posiłków dla pacjentów Spec. Psych ZOZ przebywających w oddziałach szpitalnych i Oddziałach dziennego pobytu”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,.

Zamawiający pismem z dnia 7 listopada 2012 r. poinformował wykonawców na wyborze jako najkorzystniejszej oferty KSM Polska Sp. z o.o. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca SERENISSIMA Polska Sp. z o.o., Al. Politechniki 3a, 90-924 Łódź, zwany dalej „Odwołującym” wniósł w dniu 16 listopada odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KSM Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz Catermed S.A. w Krakowie, pomimo że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, zaś niezgodność powyższa skutkowałą błędem w obliczeniu ceny - w postaci kalkulacji przeprowadzonej dla oferty niezgodnej z wymogami Zamawiającego i niepopartego nakładem surowcowym
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą, jako podlegającą odrzuceniu

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty KSM Polska Sp. z o.o. w Warszawie jako najkorzystniejszej, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Świadczenie kompleksowej usługi gastronomicznej w zakresie przygotowywania i dostawy całodziennych posiłków dla pacjentów Spec. Psych ZOZ przebywających w oddziałach szpitalnych i Oddziałach dziennego pobytu.” (numer spraw)⁷ ZPiZ/PN/ U/10/05/2012),
- powtórzenia czynności Zamawiającego oceny oraz wyboru ofert,
- odrzucenie ofert KSM Polska Sp. z o.o. oraz Catermed S.A.,

W związku z treścią odwołania, wniósł o :

- dopuszczenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania przetargowego, w tym szczególności ofert złożonych przez Wykonawcę KSM POLSKA Sp. z o.o. oraz CATERMED S.A., zobowiązując Zamawiającego do ich przesłania, na okoliczność treści zaskarżonej czynności Zamawiającego, jej niezgodności z prawem oraz interesu prawnego Wykonawcy w zaskarżeniu czynności Zamawiającego, z punktu widzenia złożenia najkorzystniejszej oferty nie podlegającej odrzuceniu oraz zagrożenia poniesienia szkody w związku z niezgodną z prawem czynnością Zamawiającego,

- kserokopii załączonych do odwołania publikacji naukowych:

„PODSTAWY NAUKOWE ŻYWIENIA W SZPITALACH" pod. Red. Prof. dr bab. med. Jana Dzieniszewskiego Wyd. IŻŻ, W-wa 2001.

»ZASADY PRAWIDŁOWEGO ŻYWIENIA CHORYCH W SZPITALACH" pod red. Prof. dr bab. med. Mirosława Jarosza, Wyd. IŻŻ, W-wa 2011.

„ŻYWIENIE CZŁOWIEKA PODSTAWY NAUKI O ŻYWIENIU" pod. red. Jana Gawęckiego, wjd. PWN, Warszawa 2010,

Powyższe wnioski dowodowe zostały powołane na okoliczność obowiązku stosowania norm stanowiących uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji nie spełniania przez ofertę KSM Polska Sp. z o.o. oraz Catermed S.A., wymogów SIWZ, w zakresie treści oferty. Niezgodności ofert złożonych przez ww. wykonawców z normami Instytutu Żywności i Żywienia oraz szczegółowymi wymaganiami Zamawiającego.

Jako uzasadnienie wykazania się interesem w uzyskaniu zamówienia podał iż interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przywołał stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym Sąd tej wyraził pogląd, iż "Wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu 179 p.z.p. zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku".

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podniósł iż w pkt. VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający określił wymagania dotyczące zawartości oferty oraz wymaganych dokumentów i oświadczeń, żądając min od wykonawców (pkt. VI lit. c SIWZ) przedłożenia jadłospisów dekadowych (sporządzonych dla okresu 10 dni) dla diety podstawowej, lekkostrawnej oraz lekkostrawnej z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów . Do jadłospisu należało załączyć:

- nakład surowcowy na jeden dzień (w gramach),
- wartość energetyczną i odżywczą jadłospisów (kaloryczność, białko, tłuszcze, węglowodany).

Nadto, zgodnie z pkt., V lit. f SIWZ, wykonawcy uczestniczący w procedurze przetargowej zobowiązani byli do przedłożenia zaakceptowanego projektu umowy, zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ.

W pkt. III SIWZ Zamawiający zawarł ogólny opis przedmiotu zamówienia, zastrzegając min. w jednostce redakcyjnej E podpunkt. 1, iż wyznaczeni pracownicy Zamawiającego sprawować będą nadzór, nad jakością, ilością i przestrzeganiem obowiązujących norm dziennych racji pokarmowych dla zakładów służby zdrowia, opracowanych przez instytut Żywności i Żywienia, indywidualnych diet zalecanych przez lekarza i dietetyka.

W uszczegółowieniu opisu przedmiotu zamówienia, określonym w załączniku nr 3 do SIWZ, Zamawiający wskazał (pkt. A podpunkty 9 - 12), iż przygotowanie posiłków odbywać się będzie z uwzględnieniem diet stosowanych w Spec. Psych. ZOZ ściśle wg. zaleceń lekarza i dietetyka. Wyżywienie powinno posiadać niezbędne składniki odżywcze określone w art. 3 ust. 3 pkt. 33 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 136, poz. 914) oraz normyienne racji pokarmowych dla zakładów służby zdrowia. Wykonawca zobowiązany będzie do sporządzania dziennych jadłospisów w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy w sprawie ustalania racji pokarmowych w całodziennym wyżywieniu poszczególnych grup ludności z uwzględnieniem specyfiki Spec. Psych. ZOZ. Zamawiający zastrzegł sobie prawo sprawdzenia gramatury wydawanych posiłków (wg załącznika nr 10). Ocenę jakości posiłków dokonywał będzie Zamawiający w obecności przedstawiciela wykonawcy lub służby sanitarno – epidemiologicznej.

Powołując się na stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na pytania stwierdził iż jego zdaniem z treści tej odpowiedzi należy wywieść, jadłospisy dekadowe do przedłożenia których zobowiązani byli Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, określone w SIWZ, stanowią immanentną część oferty Wykonawcy i składane są na potwierdzenie prawidłowości komponowania posiłków zgodnie z wymaganiami żywieniowymi w zakresie poszczególnych diet.

Ponadto przywołując szereg orzeczeń Krajowej Izby odwoławczej (KIO) wykazywał, że jadłospisy stanowią treść oferty i jakiegokolwiek nieprawidłowości w tym zakresie winny skutkować odrzuceniem oferty zawierającej nieprawidłowe z wymogami SIWZ jadłospisy.

W tym zakresie wskazał również na fakt, że oferta złożona przez KSM Polska Sp. z o.o., w zakresie treści przedłożonych jadłospisów dekadowych pozostaje w oczywistej sprzeczności z wymogami Instytutu Żywności i Żywienia, statuującymi zgodnie z wolą Zamawiającego wyznacznik oceny zgodności oferty ze SIWZ, a także wymogami samego

Zamawiającego określonymi w specyfikacji - jak i piśmie z dnia 20 czerwca 2012 r. doprecyzowującymi te wymogi, w zakresie zawartości kalorycznej posiłków, w ramach każdej z diet.

Uzasadniając wagę jadłospisów dekadowych w prawidłowej realizacji zamówienia wskazał, że zgodnie z treścią lit. A. pkt. 13 załącznika nr 3 do SIWZ, jadłospisy dekadowe będą wpływały na treść jadłospisów dziennych określających już bezpośrednio posiłki wydawane pacjentom. Tym samym uchybienia wykonawcy KSM w tym zakresie, nie tylko statuują konieczność odrzucenia oferty KSM, jako sprzecznej z wymogami SIWZ, ale także powodują nieporównywalność ofert, w aspekcie cenowym, pomiędzy ofertą zgłoszoną przez Odwołującego, a ofertą KSM.

Odnosząc się szczegółowo do błędów i braków w objętych odwołaniem ofertach wskazał na zasady i wymogi sporządzania jadłospisów w oparciu o odpowiednie normy i opracowania naukowe, przywołując w tym zakresie wskazane na wstępie opracowania podręcznikowe z których wynika iż przy planowaniu jadłospisów należy się posługiwać modelowymi racjami pokarmowymi, w których wyszczególnione są ilości poszczególnych grup produktów spożywczych. Same jadłospisy powinny gwarantować urozmaicone wyżywienie przy równoczesnym zachowaniu wszystkich wskazań dietetycznych (norm żywieniowych i wymagań diet modelowych).

Odnosząc się do jadłospisów dekadowych sporządzonych przez obu wykonawców o odrzuceniu ofert których wnosił, stwierdził iż zawierają one szereg błędów pod względem tak jakościowym jak i ilościowym, a także zasad konstruowania odpowiednich diet. I tak przykładowo wskazał iż w diecie lekkostrawnej zaoferowano w jadłospisie np., ogórek zielony, szczypior zielony, paprykę, rzodkiewkę itp., a produkty te zgodnie z ww. opracowaniami są dla tego rodzaju diet przeciwwskazane.

Ponadto zarzucił iż tak sporządzone jadłospisy nie gwarantują otrzymania przez pacjentów wymaganej kaloryczności posiłków.

Reasumując stwierdził, że decyzja o wybraniu oferty KSM Sp.z o.o jest niezasadna, ponieważ przedstawione w ofercie jadłospisy nie spełniają wymagań norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego, wynikających z publikacji przywołanego w SIWZ Instytutu Żywności i Żywienia oraz wymagań zawartych w SIWZ Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołanie i podniósł iż Odwołujący w treści swojego odwołania całkowicie pominął fakt związany z analizą oraz treścią uzasadnienia wyroku KIO wydanym w dniu 4 października 2012 roku (sygn. akt. KIO 2024/12), który ma moc wiążącą w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Na wstępie wskazał, że w ocenie Zamawiającego, Odwołujący posiada ewentualny interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania i wnioskowaniu w nim jedynie w zakresie

odrzucenia oferty KSM Polska sp. z o.o., a nie oferty CATERMED S.A. Zamawiający zauważa, iż w zakresie wniosku o odrzucenie oferty CATERMED SA. - Odwołujący nie posiada w ogóle interesu prawnego. Zgodnie z treścią ogłoszenia o wyborze oferty z dnia 7 listopada 2012 roku - CATERMED S.A. jest trzecią w kolejności ofertą, po ofercie Odwołującego. Zatem wnioskowanie o odrzucenie oferty CATERMED S.A. nie mieści się w interesie prawnym Odwołującego.

Odnosząc się do wcześniejszego postępowania odwoławczego stwierdził iż dotyczyło ono odwołania Serenissima Polska sp. z o.o. na czynność unieważnienia postępowania przetargowego dokonanego przez Zamawiającego. Zamawiający z uwagi na wadliwe zapisy SIWZ oraz brak możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty bez pokrzywdzenia wszystkich Wykonawców - unieważnił postępowanie przetargowe na podstawie art. 93 ust. 1pkt. 7 ustawy Pzp.

Wskazał, że kwestią problematyczną z punktu widzenia przedmiotowego postępowania przetargowego - było dla Zamawiającego ocenienie charakteru wiążącego w/w jadłospisów dekadowych załączonych do ofert przez Wykonawców, które to wymagał Zamawiający w treści SIWZ. KIO analizując przedmiotowy stan faktyczny i wydając wyrok w dniu 4 października 2012 roku, w sprawie KIO 2024/12 - stwierdziła iż jedynym kryterium, którym powinien posługiwać się Zamawiający w niniejszym postępowaniu przetargowym w przypadku oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - jest kryterium ceny. Izba unieważniając czynność unieważnienia postępowania przetargowego, stwierdziła, iż możliwym jest zawarcie w toku przedmiotowego przetargu skutecznie wiążącej umowy, a do wyboru wykonawcy konieczne jest zastosowanie jednego kryterium, jakim jest kryterium ceny.

Podniósł, że Izba zauważyła, iż jadłospisy dekadowe złożone na etapie składania ofert mogą, lecz nie muszą być stosowane w trakcie realizacji umowy. KIO w w/w wyroku podkreśliła, iż decydujący wpływa na kształt jadłospisów wykorzystywanych w ramach realizacji umowy - będą miały decyzje dietetyka zatrudnionego u Zamawiającego.

Tym samym, zgodnie z treścią w/w wyroku - Zamawiającego - zobowiązany był do dokonania czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem wskazanych powyżej wskazówek KIO dookreślonych w pisemnym uzasadnieniu w/w wyroku.

Zamawiający zgodnie ze wskazaniem KIO dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty stosując kryterium ceny, a jadłospisy dekadowe uznał, że mają charakter poglądowy, czyli nie wiążący w ramach wykonywania umowy.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca KSM Polska sp z o.o.(KSM) wniósł o oddalenie odwołania i zarzucił iż materiały referencyjne na jakie powołuje się Odwołujący w celu uzasadnienia swojego stanowiska w niniejszym postępowaniu w charakterze dowodu nie mogą w żaden sposób stanowić podstawy do oceny poprawności

złożonych w postępowaniu ofert. Nie mogą one ponadto stanowić dowodu na niezgodność oferty Przystępującego z wymogami SIWZ, gdyż SIWZ nie wymienia tych publikacji jako materiałów stanowiących wytyczne dla sporządzenia przez wykonawców przedmiotowych jadłospisów. W szczególności SIWZ nie wymienia składników pokarmowych, które byłyby przeciwwskazane dla sformułowania jadłospisów, składanych na etapie ofertowania jako przykładowe jedynie zestawienie planowanych posiłków, które nie będzie wiążące w toku realizacji umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowień SIWZ wraz z załącznikami, złożonych ofert, akt sprawy o sygn. KIO 2024/12, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika złożone podczas rozprawy uznała,

że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zarzuty dotyczące zarzucanej niezgodności treści ofert z wymaganiami SIWZ nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający na wstępie podniósł zarzut wobec treści odwołania iż Odwołujący nie posiada interesu w zakresie żądania odrzucenia oferty Catermed S.A. gdyż zgodnie z treścią ogłoszenia o wyborze oferty z dnia 7 listopada 2012 roku – oferta wykonawcy Catermed S.A. została sklasyfikowana jako trzecia w kolejności oferta, po ofercie Odwołującego.

Wskazać należy, że posiadanie legitymacji czynnej przez Odwołującego podlega badaniu przez KIO w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba odnosząc się do tej kwestii stwierdza, że brak jest podstaw do kwestionowania posiadania przez Odwołującego interesu w kwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej, oferty KSM. Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy spełniona jest w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy posiadanie również takiej legitymacji co do oferty wykonawcy Catermed S.A.. Przypomnieć należy, że oferta wykonawcy Catermed SA jest sklasyfikowana niżej niż oferta Odwołującego. Ponadto istotnym dla rozstrzygnięcia tej kwestii jest fakt, że jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej było kryterium ceny.

Tym samym Izba stwierdza, że brak jest podstaw do uznania iż w sytuacji kiedy oferta Odwołującego jest wyżej sklasyfikowana niż oferta wykonawcy Catermed SA, a jedynym kryterium oceny ofert jest kryterium ceny, aby ten wykonawca na dzień wnoszenia odwołania

zagroził ofercie Odwołującego i aby ocena tej oferty miała, jakkolwiek wpływ na ewentualny wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp wymaga aby podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej wykazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czego w zakresie możliwości poniesienia szkody Odwołujący nie wykazał. Tym samym izba uznała brak wykazania przez Odwołującego spełniania wymogu z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i postanowiła zarzuty Odwołującego co do oferty wykonawcy Catermed S.A. pozostawić bez rozpoznania.

Na wstępie oceny zasadności podniesionych zarzutów wobec oferty KSM wskazać należy, że przedmiotowe postępowanie odwoławcze jest drugim postępowaniem w sprawie.

W poprzednim postępowaniu ten sam Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania.

Jednocześnie w treści odwołania podniósł zarzuty wobec ofert wykonawców KSM i Catermed S.A. stwierdzając iż *„nie spełniają wymogów wynikających z zasad prawidłowego żywienia chorych w szpitalach, nie zawierają wymaganego nakładu surowcowego, odpowiedniej liczby jadłospisów, czy też cechują się zaniżoną kalorycznością w stosunku do wymagań Zamawiającego”*, tym samym oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią postanowień SIWZ i winny zostać odrzucone.

Podniesione zarzuty w tym zakresie, w odwołaniu z dnia 21.09.2012 roku są zbieżne z treścią zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu.

KIO rozpoznając poprzednie odwołanie o sygn. akt KIO 2024/12 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazała ponowne badanie i ocenę ofert.

W związku z treścią sentencji orzeczenia w sprawie KIO 2024/12 o uwzględnieniu odwołania Zamawiający i Przystępujący prezentowali stanowisko, że to orzeczenie, w związku z tym iż miało ono miejsce w tym postępowaniu, jest wiążące dla stron postępowania, zarówno co do treści samej sentencji orzeczenia jak i treści uzasadnienia. Tym samym prezentowali stanowisko, że KIO *„wskazała na brak potrzeby odrzucenia ofert KSM Polska sp. z o.o. oraz CATERMED S.A. z uwagi na rozbieżności jadłospisów dekadowych z treścią norm wskazywanych przez Odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza, wskazała iż jadłospisy dekadowe nie są dokumentami wiążącymi w niniejszym postępowaniu i ich charakter należy określić jako niewiążący, a jedynie poglądowy”*.

Dodatkowo podnieśli zarzut iż jeśli Odwołujący nie zgadzał się z treścią orzeczenia KIO to winien był w tym zakresie złożyć skargę do sądu powszechnego. Odwołujący argumentował, że nie wnosił skargi bo orzeczenie Izby było dla niego satysfakcjonujące, a skargi nie można złożyć na samo uzasadnienie, jednakże kwestionował, aby jak twierdzi Zamawiający

orzeczenie KIO w zakresie stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu miało moc wiążącą dla rozpatrzenia niniejszego odwołania, ponieważ uzasadnienie tamtego odwołania dotyczyło kwestii sentencji tamtego wyroku.

Zdaniem Izby stwierdzić należy, że KIO dokonując rozpatrzenia zarzutów w odwołaniu o sygn. 2024/12 uznając zasadność zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania dokonała jednocześnie w pewnym zakresie oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, dotyczących charakteru wymaganych przez Zamawiającego jadłospisów. Izba w uzasadnieniu wyroku stwierdziła między innymi, że *„w SIWZ nie określono warunków, jakie mają spełniać jadłospisy, oraz kryteriów spełnienia tych warunków(....)Jadłospisy sporządzane na etapie składania ofert mogą zatem, ale nie muszą być stosowane w trakcie realizacji umowy (....)Zamawiający wprost, w treści wzoru umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ napisał, że wykonawcy będą zobowiązani do przygotowywania posiłków z uwzględnieniem diet stosowanych z Spec. Psych. ZOZ ściśle według zaleceń lekarza i dietetyka”*.

Odnosząc się do powyższego zdaniem Izby należy stwierdzić, że w zakresie możliwości zaskarżania treści sentencji orzeczenia KIO, a nie treści uzasadnienia, Odwołujący ma po części rację. Otóż dla oceny zasadności skargi istotna jest treść sentencji wyroku KIO, a nie treść uzasadnienia tego wyroku. Przepisom ustawy Pzp ani procedury cywilnej, nie jest znana skarga na treść uzasadnienia, skarżona może być wyłącznie sentencja wyroku. Jednakże zauważyć należy, co uszło uwadze Odwołującego, że dla przyjęcia „pozytywnej treści” rozstrzygnięcia dla Odwołującego zarzutów odwołania, znaczenie ma nie tylko sformułowanie samej sentencji orzeczenia, ale przede wszystkim fakt, czy to „pozytywne” orzeczenie obejmuje w swojej treści całość zarzutów podniesionych w odwołaniu, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że KIO dokonując oceny zasadności unieważnienia postępowania zobowiązana była do dokonania oceny podstaw, które zdaniem Zamawiającego zdecydowały o unieważnieniu postępowania. Taką podstawą według Zamawiającego był fakt wadliwych zapisów postanowień SIWZ, szczególnie w zakresie charakteru i warunków jakie miały spełniać jadłospisy które wykonawcy mieli złożyć wraz z ofertami. W omawianym już uzasadnieniu wyroku KIO rozstrzygnęła, że *„świecie brzmienia SIWZ mają charakter jedynie poglądowy”*. Tym samym to ustalenie KIO jest dla rozstrzygnięcia tego odwołania wiążące, gdyż dotyczy tego samego postępowania.

Nadto Izba stwierdza, że w świetle postanowień SIWZ a także odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców – w szczególności odpowiedzi na pytania: **nr 8** gdzie Zamawiający wyjaśnił, że „jadłospisy dekadowe nie są dokumentami wymaganymi w trybie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp” i **nr 39** gdzie Zamawiający stwierdził, że „wykonawca ma przygotować

propozycje jadłospisów”, Izba w tym składzie orzekającym podziela stanowisko KIO w tym zakresie, wyrażone w wyroku KIO 2024/12.

Dokując oceny zasadności zarzutu co do spełnienia przez Odwołującego wymogu kaloryczności posiłków to należy stwierdzić, że Zamawiający w tym zakresie nie zawarł w SIWZ postanowienia iż kryterium to będzie stanowiło kryterium oceny ofert. Stwierdzić należy, że w odpowiedzi na pytanie nr 1 do SIWZ - z dnia 20 czerwca 2012 roku, Zamawiający wskazał iż wymagana (kaloryczność) poszczególnych diet - ma wynosić „około” bez wskazania dopuszczalnego marginesu błędu wartości (plus/ minus) od podanej wartości około. Tym samym takie postawienie wymogu nie może być traktowane jako kryterium oceny ofert i ewentualne nieścisłości w tym zakresie czy nawet błędy jako niestanowiące treści oferty nie mogą być podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego sprzeczność jadłospisów dekadowych z normami przedstawionymi przez Odwołującego, co jego zdaniem spowodowała, iż oferta KSM Polska sp. z o.o. w aspekcie cenowym jest ofertą znacznie tańszą niż oferta Odwołującego to wskazać należy, że teza ta w świetle braku traktowania składanych jadłospisów jako podstawy do przygotowywania posiłków dla pacjentów Zamawiającego nie umożliwia badania tego zarzutu jako kryterium zgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto z analizy treści oferty Odwołującego i wykonawcy KSM stwierdzić należy, że biorąc pod uwagę cenę obu ofert i zakładaną przez Zamawiającego ilość posiłków w miesiącu, to różnica w wartości na jednym posiłku wynosi około 20 groszy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu Izba nie stwierdziła aby Zamawiający naruszył zasady dokonywania oceny ofert.

Zauważyć należy, że Odwołujący uzasadnienie podniesionych zarzutów opiera w szczególności na danych z przywołanych publikacji oraz normy Instytutu Żywności i Żywienia. Jednakże stwierdzić należy, że te publikacje nie zostały wskazane w treści SIWZ jako podstawa oceny złożonych jadłospisów. Tym samym to Odwołujący stara się narzucić zarówno Zamawiającemu jak i na tym etapie postępowania Izbie, w oparciu o jakie zasady winny być oceniane złożone oferty.

Zauważyć należy również iż Odwołujący próbuje wywodzić z treści postanowień SIWZ postanowienia w nich niewyrażone, jeśli zdaniem Odwołującego treść tych postanowień była niewłaściwa bądź niejasna, to mógł w tym zakresie wystąpić do Zamawiającego z zapytaniem, bądź zaskarżyć jego zdaniem wadliwe postanowienia SIWZ do KIO.

Podkreślenia Izby wymaga zasada iż żaden wykonawca nie jest uprawniony do interpretacji treści postanowień SIWZ, takie uprawnienie przysługuje wyłącznie Zamawiającemu. Natomiast wykonawcy mogą kwestionować prawidłowość opisu przedmiotu

zamówienia w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 29 ustawy Pzp, wnosząc stosowne odwołanie do KIO, w terminie dla takiej czynności przewidzianym.

Podsumowując zarzuty co do jadłospisów, to stwierdzić należy za Zamawiającym, że w świetle treści postanowień SIWZ w tym zakresie *„jadłospisy dekadowe załączone do oferty, których wymagał Zamawiający - nie są de facto związane z realizacją umowy. Bowiem z treści umowy wynika uprawnienie Zamawiającego do każdorazowego zatwierdzania jadłospisów przedstawionych przez Wykonawców w trakcie realizacji umowy”*.

Ponadto odnosząc się do przywoływanych przez Odwołującego też z wyroków KIO iż *„jadłospisy stanowią treść ofert i nawet najdrobniejsze ich niezgodności z treścią SIWZ winny skutkować odrzuceniem oferty bez możliwości jej poprawienia czy uzupełnienia”*, należy stwierdzić iż brak jest podstaw do jednoznacznego przyjęcia takiego stanowiska. O tym czy dany dokument stanowi treść oferty, czy też jest dokumentem załączanym do oferty, stanowią każdorazowo postanowienia SIWZ.

Przypomnieć należy, że treścią oferty jest zobowiązanie się wykonawcy do wykonania określonego przedmiotu zamówienia oraz dokumenty składane na potwierdzenie możliwości wykonania tego zamówienia przez wykonawcę. Ponadto tylko stwierdzone i nie dające się usunąć w trybie wyjaśnień czy poprawy omyłek w trybie przepisu art 87 ust. 2 ustawy Pzp. braki lub niezgodności w ofercie mogą być podstawą jej odrzucenia.

W tym postępowaniu Zamawiający takiej rangi jadłospisom nie nadal, tym samym braki czy nieścisłości w tym zakresie nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt niedoprecyzowania kryterium, jakie Zamawiający chciał postawić niektórym dokumentom załączanym do oferty, oraz zasad spełniania oceny postawionych wymagań. Jednakże brak tego doprecyzowania, po pierwsze, nie uniemożliwia Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej, a po drugie, wątpliwości w tym zakresie nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów powołanych w odwołaniu.

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 analizowanej sprawie.

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 i 3 pkt.1 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) i b) 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).

Przewodniczący