

Sygn. akt: KIO 1722/12

POSTANOWIENIE
z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **w dniu 23 sierpnia 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Impel Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Neuropsychiatryczny im. dr Emila Cyrana, ul. Grunwaldzka 48, 42-700 Lubliniec**

przy udziale wykonawcy **Catermed SA, ul. Ks. Siemaszki 15a, 31-201 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1722/12 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Usługę gastronomiczną w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków całodziennych dla pacjentów Szpitala, z wykorzystaniem dzierżawy kuchni szpitalnej wraz z wyposażeniem - numer sprawy DZP - 751/ 14/ 2012*”, zostało wszczęte przez Wojewódzki Szpital Neuropsychiatryczny im. dr Emila Cyrana, ul. Grunwaldzka 48, 42-700 Lubliniec zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 115-190429 z dnia 19.06.2012 r.

W dniu 01.08.2012 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Catermed SA, druga pozycja w rankingu złożonych ofert zajęła firma ISS Facility Services Sp. z o. o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa zwana dalej: „*ISS*”, zaś trzecia pozycja Impel Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zwana dalej: „*Impel Catering Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”. niniejsza czynność była poprzedzona poprawą oferty wybranej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” 20.07.2012 r. oraz 01.08.2012 r. (zawiadomienie e-mailem).

W dniu 10.08.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 189 ust. 1 Pzp odwołanie Impel Catering Sp. z o.o. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.08.2012 r. (faxem).

Wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz zaniechaniu dokonania czynności, do których Zamawiający zobowiązany był na podstawie Pzp, polegających na: - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Catermed S.A. z siedzibą przy ul. Ks. Siemaszki 15a, 31-201 Kraków, dalej „*Catermed*”, - zaniechaniu odrzucenia oferty Catermed oraz ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Flisa 2, dalej „*ISS*”, - nieuprawnionym dokonaniu zmiany treści oferty wykonawcy Catermed, - zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie: a) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, b) art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy

Catermed w sposób niezgodny z Ustawą, c) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez ISS oraz Catermed, mimo że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. W konsekwencji ww. uchybienia, naruszono również dyspozycję art. 91 ust. 1 Pzp dokonując wyboru oferty, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności wyboru oferty Catermed, jako oferty najkorzystniejszej; b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; - odrzucenie oferty ISS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; c) odrzucenie oferty Catermed na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; d) dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

W treści SIWZ, w załączniku nr 8 Zamawiający zamieścił *„Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji usługi gastronomicznej w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków całodziennych dla pacjentów Szpitala, z wykorzystaniem dzierżawy kuchni szpitalnej wraz z wyposażeniem.”*. W dokumencie tym, w punkcie 2 lit. e znalazły się ramowe wymagania dotyczące sposobu świadczenia usługi żywienia. Zamawiający wymagał m.in.: W okresie 10 dniowym powinny być zapewnione: - w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych (w tym maksymalnie 2 z mięsa rozdrobnionego) i dwa posiłki półmięsne (np. bigos, fasolka po bretońsku). Codziennie obiady dwudaniowe. Do każdego obiadu należy zapewnić napój w postaci soku, kompotu lub słodzonej herbaty. - w przypadku kolacji: codziennie pieczywo, wędliny, dżem, masło i ciepłe napoje. W okresie zimy kolacja gorąca (np. kielbasa z wody, bogracz itp.). - Codzienny jadłospis powinien zawierać co najmniej 3 posiłki z zawartością białka zwierzęcego, 2 posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa, 1 posiłek zawierający mleko lub jego przetwory.

Na potwierdzenie spełnienia tych wymagań Zamawiający zażądał złożenia przez wykonawców: *„Przykładowych 10 dniowych jadłospisów. Jadłospisy powinny zawierać m. in. informacje o produktach wchodzących w skład posiłku, ich gramaturze i kaloryczności. Należy przygotować po cztery jadłospisy (jeden jadłospis dekadowy dla każdej pory roku) dla każdego rodzaju diety występującej u Zamawiającego z uwzględnieniem określonych przez Instytut Żywności i Żywienia zasad sporządzania posiłków. Załączone do oferty jadłospisy będą jedną z podstaw do kontroli ilości, jakości i różnorodności przygotowywanych posiłków w trakcie realizacji umowy.”* (Rozdział VII, pkt. 3 SIWZ - str. 6). Przed upływem terminu składania ofert jeden z wykonawców skierował do Zamawiającego pytanie z prośbą o wyjaśnienie jakie skutki powodować będzie złożenie w ofercie jadłospisów, niezgodnych z wymaganiami. W odpowiedzi udzielonej w dniu 18.07.2012 r. na pytanie nr 5, którego treść

brzmiała: „*Jakie będą konsekwencje przygotowania jadłospisów ofertowych niezgodnych z normami Instytutu Żywności i Żywienia oraz postanowieniami SIWZ?*”, Zamawiający poinformował: „*Jadłospisy muszą być zgodne z w/w normami, czyli zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Oferta, która jest niezgodna z SIWZ zostanie odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP.*” W związku z powyższym jadłospisy 10-dniowe bezsprzecznie stanowiły treść ofert składanych w przedmiotowym postępowaniu. Decyduje o tym zarówno charakter tych dokumentów, jak i odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w dniu 18.07.2012 r.

Odwołujący przygotował swoją ofertę zgodnie z wymaganiami SIWZ, w szczególności dla wszystkich diet zaoferował wymaganą ilość posiłków mięsnych oraz półmiesnych. W jadłospisach znalazły się wymagane ilości dodatków warzywnych i owocowych. Założenia dotyczące jadłospisów, narzucone przez Zamawiającego w znacznym stopniu wpływały na ceny składanych ofert, koszt tzw. „*wsadu do kotła*” nie mógł być niższy niż 5,20 zł netto na całodienne wyżywienie jednego pacjenta. Tak więc wsad do kotła stanowi ok. 50% kosztów świadczenia usługi. Po weryfikacji treści złożonych w postępowaniu ofert stwierdziliśmy następujące niezgodności z wymaganiami SIWZ oraz normami Instytutu Żywności i Żywienia.

Oferta Catermed: Wymagania SIWZ lub Instytutu Żywności i Żywienia Strona oferty zawierające treść nie odpowiadającą treści SIWZ. Opis niezgodności. Dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. 172 - dzień 2 Tylko jeden posiłek zawiera jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. Dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. 180 - dzień 10 Tylko jeden posiłek zawiera jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. Dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. 217, 218 - dzień 2,3,4,5,8 Tylko jeden posiłek zawiera owoce lub warzywa. Trzy posiłki z zawartością białka zwierzęcego. 217 - dzień 3 Kolacja w ogóle nie zawiera białka zwierzęcego. Trzy posiłki z zawartością białka zwierzęcego. 215 - dzień 6 Kolacja w ogóle nie zawiera białka zwierzęcego. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w „*Podstawach naukowych żywienia w szpitalu*” - J. Dzieniszewski 2001 r. wyd. Instytut Żywności i Żywienia, (str. 378-379) dla diety łatwo strawnej z ograniczeniem wydzielania soku żołądkowego (dieta żołądkowa) nie podaje się warzyw surowych. W diecie tej wg. w/w literatury jogurt jest przeciwwskazanym produktem do stosowania w tej diecie a został zawarty w jadłospisie. 215 - dzień 7 Zaoferowano surówkę z selera 208-dzień 1, 211-dzień 3, 213- dzień 10 Zaoferowano jogurt Dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. 216 - dzień 9 Tylko przy obiedzie owoce lub warzywa. Przy śniadaniu i kolacji nie zaoferowano.

Oferta ISS: Wymagania SIWZ lub Instytutu Żywności i Żywienia. Strona oferty zawierające treść nie odpowiadającą treści SIWZ. Opis niezgodności w przypadku obiadów

co najmniej dwa posiłki półmięsne. Tom 2 str. 338-339. Tylko jeden posiłek półmięsny - makaron z sosem bolognese w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych (w tym maksymalnie 2 z mięsa rozdrobnionego). Tom 2 str. 338-339. Trzy obiady z mięsa rozdrobnionego - dwa razy potrawka i raz pulpet w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych. Tom 2 str. 360-361. Załedwie 5 potraw mięsnych (kaszanka, mielony, podudzie, pieczeń, filet z indyka) w przypadku obiadów co najmniej dwa posiłki półmięsne. Tom 2 str. 360-361. Tylko jeden posiłek półmięsny - makaron z sosem. Dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. Tom 2 str. 360, dzień 2012-02-01. Tylko przy jednym posiłku owoce lub warzywa. Przy śniadaniu i kolacji brak owoców i warzyw trzy posiłki z zawartością białka zwierzęcego. Tom 2 str. 361, dzień 2012-02-09. Brak białka zwierzęcego na kolację w przypadku obiadów co najmniej dwa posiłki półmięsne. Tom 2, str. 382-383. Tylko jeden posiłek półmięsny w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych. Tom 2, str. 382-383. Pięć posiłków mięsnych trzy posiłki z zawartością białka zwierzęcego. Tom 2 str. 383, dzień 2012-02-09. Brak białka zwierzęcego na kolację w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych (w tym maksymalnie 2 z mięsa rozdrobnionego). Tom 2, str. 404-405. Cztery posiłki z mięsa rozdrobnionego w przypadku obiadów co najmniej dwa posiłki półmięsne. Tom 2, str. 404-405. Brak potraw półmięsnych dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. Tom 2, str. 404 dzień 2012-02-01. Warzywa lub owoce tylko na obiad. Średnia ilość tłuszczu wg. norm Instytutu Żywności i Żywienia dla diety łatwostrawnej z ograniczeniem tłuszczu (wątrobowej) określona na 45-50g („*Podstawy naukowe żywienia w szpitalu*” J. Dzieniszewski 2001 r. wyd. Instytut Żywności i Żywienia (str. 128). Zamawiający dopuszczał odstępstwa +/- 10% czyli od 40,5g do 55g Tom 2, str. 406-425 Średnia ilość tłuszczu w dekadzie 65,42 czyli ponad 10% więcej niż zakłada norma w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych (w tym maksymalnie 2 z mięsa rozdrobnionego). Tom 2, str. 426-427. Cztery posiłki z mięsa rozdrobnionego w przypadku obiadów co najmniej dwa posiłki półmięsne. Tom 2, str. 426-427. Brak potraw półmięsnych dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. Tom 2, str. 426, dzień 2012-02-01 i 2012-02-04. Warzywa lub owoce tylko na obiad w przypadku obiadów co najmniej dwa posiłki półmięsne. Tom 2, str. 227-228. Brak potraw półmięsnych dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. Tom 2, str. 228 dzień 2011-10-08. Warzywa tylko na śniadanie w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych. Tom 2, str. 249-250. Pięć posiłków mięsnych dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa. Tom 2, str. 249 dzień 2011-10-07. Warzywa tylko przy jednym posiłku w przypadku obiadów co najmniej sześć posiłków mięsnych. Tom 2, str. 271-272. Pięć posiłków mięsnych w przypadku obiadów co najmniej dwa posiłki półmięsne. Tom 2, str. 293-294. Brak potraw półmięsnych Podobne uchybienia

występowały w ofercie ISS w dietach na pozostałe sezony.

Równie istotnymi nieprawidłowościami było zaniechanie zastosowania norm Instytutu Żywności i Żywienia przy sporządzaniu jadłospisów dla diety wątrobowej. Wymagania dotyczące żywienia pacjentów szpitali określone zostały w publikacji *"Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach"*. Instytut Żywności i Żywienia, Warszawa 2011. Na str. 84 wymienionego opracowania znalazły się zalecenia dot. zawartości tłuszczu w diecie : *"Normy na tłuszcz są ściśle związane z normami na energię. Jego ilość w diecie dzieci powyżej 1. roku życia oraz młodzieży powinna dostarczać 30-35% energii, a w diecie dorosłych 25-30%. Zalecenia te dotyczą również chorych hospitalizowanych, chociaż czasem dopuszcza się mniejszą zawartość tłuszczu w diecie podstawowej przeznaczonej dla osób dorosłych, przy założeniu, że powinien on dostarczać 20-30% energii. Mniejszą ilość tłuszczu powinna dostarczać przede wszystkim dieta łatwostrawna z ograniczeniem tłuszczu, w której zawartość tego składnika może wynosić 45-50 g/dobę. Również w diecie ubogoenergetycznej należy zmniejszyć zawartość tłuszczu stosownie do obniżenia jej wartości energetycznej."* Na str. 128 ww. opracowania: *„Dieta łatwostrawna z ograniczeniem tłuszczu ma zastosowanie między innymi w: ostrym i przewlekłym zapaleniu wątroby (stąd dawna nomenklatura dieta wątrobowa przypis Odwołującego) (...). W diecie tej spożycie tłuszczu jest ograniczone do 45-50 g na dobę. Jest to tłuszcz zawarty w produktach (mleko, mięso, wędliny) oraz dodany do pieczywa i potraw. Ograniczenie tłuszczu jest konieczne ze względu na upośledzenie jego trawienia i wchłaniania w tych przypadkach chorobowych, w których omawiana dieta znajduje zastosowanie”*.

Tymczasem w ofercie firmy ISS średnia zawartość tłuszczu wyniosła: a) 70,30 g dla jadłospisu wiosennego, co stanowi 26,9% dziennego zapotrzebowania energetycznego, b) 69,36 g dla jadłospisu letniego, co pokrywa 27,18% dziennego zapotrzebowania energetycznego, c) 63,97 g dla jadłospisu jesiennego, co pokrywa 25,57 % dziennego zapotrzebowania energetycznego, d) 65,42 g dla jadłospisu zimowego, co stanowi 26,30 % dziennego zapotrzebowania energetycznego. Obliczenia zostały dokonane na podstawie średniej dekadowej zawartości energetycznej oraz średniej dekadowej zawartości tłuszczu w przedstawionych jadłospisach.

W ofercie firmy Catermed wartości te przedstawiały się następująco: a) 66,58 g dla jadłospisu wiosennego - jest to 26% dziennego zapotrzebowania energetycznego b) 67,08 g dla jadłospisu letniego - 26% dziennego zapotrzebowania energetycznego c) 64,77 g dla jadłospisu jesiennego - 25,3% dziennego zapotrzebowania energetycznego d) 65,40 g dla jadłospisu zimowego - 25% dziennego zapotrzebowania energetycznego. Tak więc w każdym ww. przypadku normy Instytutu Żywności i Żywienia zostały przekroczone o więcej niż 10% dopuszczone w SIWZ.

Zamawiający opisując swoje oczekiwania użył dostatecznie zrozumiałych

i precyzyjnych określeń, które w ocenie Odwołującego nie mogły powodować jakichkolwiek rozbieżności w zakresie ich interpretacji. Zastosowane w treści SIWZ frazy „co najmniej dwa posiłki półmięsne”, „co najmniej sześć posiłków mięsnych”, „dwa posiłki zawierające jednocześnie białko zwierzęce i owoce lub warzywa” są klarowne nie tylko dla osób zawodowo zajmujących się dietetyką ale również dla każdego czytelnika, także nie związanego z branżą gastronomiczną. Catermed i ISS są profesjonalnymi wykonawcami usług żywienia szpitalnego, w związku z czym nie może być mowy o rozbieżnościach w zakresie interpretacji postanowień SIWZ.

Nie bez znaczenia jest fakt, że w zakresie wymienionych wyżej nieprawidłowości nie były do Zamawiającego kierowane wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ. Pragniemy również zauważyć, że wszystkie wykazane uchybienia generowały znaczące oszczędności w zakresie kosztów „wsadu do kotła”. Zmniejszenie ilości potraw mięsnych, niestosowanie dodatków warzywnych czy też zwiększanie wartości kalorycznej przy pomocy dużej ilości tłuszczu bez wątplenia umożliwiło tym wykonawcom złożenie najkorzystniejszych cenowo ofert. Ponadto, w toku badania i oceny ofert Zamawiający dopuścił się nieuprawnionego zmodyfikowania treści oferty firmy Catermed. Wykonawca ten w treści „Opisu planu realizacji usługi” na str. 170 oferty zadeklarował możliwość wprowadzania korekt do zamówionych posiłków z zapasem czasowym dwóch godzin w przypadku obiadu. Zgodnie z wymaganiami SIWZ (zał. Nr 8, pkt 2 ppkt 1) Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do dostarczania informacji o zmienionej ilości posiłków najpóźniej do 1 godz. przed wydaniem posiłku. Treść oferty firmy Catermed nie odpowiadała więc treści SIWZ. Tymczasem Zamawiający, pismem z dnia 30.07.2012 r. poinformował o zmianie treści oferty Catermed polegającej na wprowadzeniu przez Zamawiającego innych terminów składania korekt w zamówieniach. Odwołujący nie może zgodzić się z zakwalifikowaniem oświadczenia złożonego przez wykonawcę o zamiarze realizacji zamówienia niezgodnie z wymaganiami SIWZ jako „omyłki”, co jest bezwzględną przesłanką zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Umieszczenie w treści oferty zapisu „dwóch godzin” nie może być bowiem rozumiane jako wola złożenia oświadczenia o dopuszczalności wprowadzania korekt w terminie „1 godz.”. Wykonawca w sposób świadomy, posługując się zapisem słownym ograniczył bowiem uprawnienia Zamawiającego. Oczywista niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie może być przez Zamawiającego korygowana w trybie przewidzianym w art. 87 Pzp. Podobnie zachował się Zamawiający w stosunku do uchybień w treści jadłospisów polegających np. na zaniechaniu podania wartości odżywczych bądź zaoferowaniu posiłków o parametrach nie spełniających norm Instytutu Żywności i Żywienia. W piśmie z dnia 01.08.2012r. Zamawiający po raz kolejny dokonał modyfikacji oferty firmy Catermed poprzez wpisanie w treści jadłospisów wartości liczbowych, ustalonych w bliżej nieokreślony sposób. Wskazać należy, że uzupełnione przez Zamawiającego wartości nie były możliwe do obliczenia

z jakichkolwiek danych zawartych w treści oferty Catermed.

W świetle powyższego Odwołujący nie może zgodzić się z zaniechaniem odrzucenia ofert firm Catermed i ISS, w których znaczna część jadłospisów dalece odbiegała od wymagań SIWZ. Niezgodność treści ofert z treścią SIWZ nie ma charakteru oczywistych omyłek pisarskich, czy innych omyłek, których poprawienie można by uznać za nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, w związku z czym konsekwencją ich wystąpienia winno być odrzucenie ofert firmy Catermed i ISS.

Problematyka niezgodności treści jadłospisów ofertowych z treścią SIWZ była już kilkakrotnie przedmiotem rozstrzygnięć przed KIO. W dotychczasowym orzecznictwie utrwalił się pogląd, iż jadłospisy stanowią treść ofert i nawet najdrobniejsze ich niezgodności z treścią SIWZ winny skutkować odrzuceniem oferty bez możliwości jej poprawienia czy uzupełnienia. Wyrok z dnia 7.04.2011 r., sygn. akt: KIO/638/2011 *„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. 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.”* Wyrok z dnia 28.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2674/2011 *„Charakter jadłospisów w tym postępowaniu, jaki wynika z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje, że stanowią one treść oferty wykonawcy. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowania przywołanego przepisu „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich konfrontacja (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania*

wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia." Wyrok z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 663/09 „Wskazaną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 treść oferty, która dla powstania przesłanki odrzucenia oferty ma nie odpowiadać treści siwz, należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy...itp.)." Wyrok z dnia 14.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 412/09: „Treścią oferty nie jest tylko formularz ofertowy, w którym najczęściej oświadczenie woli o chęci przystąpienia do wykonania zamówienia wraz z określeniem ceny czy sposobu wykonania, zostaje wyrażone, ale na treść oferty składają się również wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy. W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu w jaki będzie wykonywał zamówienie". Wyrok z dnia 29.10. 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1121/08 „Nieodpowiedniość treści oferty może dotyczyć wyłącznie wymagań merytorycznych określonych w SIWZ i może ona zachodzić np. w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu co do zakresu, ilości, jakości. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie zapewnia realizacji całości przedmiotu zamówienia." Wyrok z dnia 31.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-916/07: „Z treści oferty złożonej przez wykonawcę, w sposób jednoznaczny musi wynikać zgodność oferowanego produktu z przedmiotem zamówienia opisanym przez zamawiającego.”.

Zamawiający w dniu 13.08.2012 r. wezwał (email) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.08.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Catermed SA, ul. Ks. Siemaszki 15a, 31-201 Kraków zwanej dalej: „Catermed SA” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 20.08.2012 r. (faxem), a 21.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zamawiający na posiedzeniu

niejawnym jednoznacznie potwierdził, że przesłał 20.08.2012 r. – faxem – stosowną informację do Catermed SA.

W dniu 22.08.2012 r. (faxem) Prezes KIO wezwał Catermed SA na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu.

Do otwarcia posiedzenia zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiający wobec uwzględnienia odwołanie w całości przez Zamawiającego, do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust.3-5 Pzp, sprzeciwu.

W dniu 23.08.2012 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 17.08.2012 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron w przedmiotowej sprawie.

Na posiedzeniu z udziałem stron, nie stawiał się Przystępujący po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia w dniu 17.08.2012 r. (dowód zawiadomienia w aktach przedmiotowego postępowania odwoławczego, w raz z potwierdzeniem odbioru przez Przystępującego po stronie Zamawiającego z tego samego dnia).

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp - należało umorzyć.

Skoro, zaś Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego.

Wobec ustalenia, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Izba, wskazuje, że Przystępujący został prawidłowo poinformowany o terminie posiedzenia, mógł więc wnieść stosowny sprzeciw w trybie art. 186 ust. 3 Pzp, czego nie uczynił, stawiając się na posiedzeniu. Izba uznaje, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest Przystępujący, rozumie status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i zna wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. W przedmiotowym stanie faktycznym Przystępujący po stronie Zamawiającego został także wezwany w trybie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) do złożenia oświadczenia

w przedmiocie wniesienia sprzeciwu. Zamawiający, nadto oświadczył na posiedzeniu, że przesłał Przystępującemu po jego stronie w dniu 20.08.2012 r. faxem swoją odpowiedź na odwołanie w ramach której uwzględniła odwołanie w całości. Izba wskazuje, że nie pozostało to bez wpływu na jej stanowisko. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp w związku z art. 186 ust. 3 w związku z art. 186 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie Izba oparła o dyspozycję art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Pzp. Przepis ten stanowi, iż w przypadku uwzględnienia zrzutów odwołania przez Zamawiającego w całości przed otwarciem rozprawy, gdy wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego nie wniesie sprzeciwu wobec wskazanej czynności Zamawiającego, koszty znosi się wzajemnie.

Uwzględniając powyższe, Izba, orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....