

Sygn. akt: KIO/UZP 333/08

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Barbara Bettman
Izabela Kuciak

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 24 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mirośława Lisieckiego, 62-300 Września, ul. Słowackiego 22B/23** właściciela **TUTTI FRUTTI** z siedzibą w **Białężycach, 62-300 Września, Białężyce 61** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupcy, 62-400 Słupca, ul. Traugutta 7** protestu / protestów* z dnia 21 marca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Mirosława Lisieckiego, 62-300 Września, ul. Słowackiego 22B/23, właściciela TUTTI FRUTTI z siedzibą w Białężycach, 62-300 Września, Białężyce 61** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mirosława Lisieckiego, 62-300 Września, ul. Słowackiego 22B/23 właściciela TUTTI FRUTTI z siedzibą w Białężycach, 62-300 Września, Białężyce 61;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....) przez na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mirosława Lisieckiego, 300 Września, ul. Słowackiego 22B/23 właściciela TUTTI FRUTTI z siedzibą w Białężycach, 62-300 Września, Białężyce 61.**

U z a s a d n i e n i e

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupcy, ul. Traugutta 7, 62-400 Słupca 25 stycznia 2008 r., przez wysłanie do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Nr ogłoszenia 2008/S 21-027643), wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: usługę dostarczania posiłków do Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Słupcy.

18 marca 2008 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty PPHU ATELIER Akademia Sztuki Kulinarnej, Arkadiusz Jaskot, ul. Narcyzowa 2, 62-502 Konin jako oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca, Mirosław Lisiecki, 21 marca 2008 r. złożył protest na czynności zamawiającego:

- nie wykluczenie z postępowania wykonawcy PPHU ATELIER Akademia Sztuki Kulinarnej,
- nie odrzucenie oferty wykonawcy PPHU ATELIER Akademia Sztuki Kulinarnej,
- wybór oferty wykonawcy PPHU ATELIER Akademia Sztuki Kulinarnej jako najkorzystniejszej,
- przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z zarzutami Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy PPHU ATELIER Akademia Sztuki Kulinarnej jako najkorzystniejszej,
- dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny złożonych ofert i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w toczącym się postępowaniu.

28 marca 2008 r. PPHU ATELIER Akademia Sztuki Kulinarnej przystąpiło do protestu.

3 kwietnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest.

9 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie od oddalenia protestu.

Działając na podstawie art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie Pzp, Odwołujący złożył odwołanie, zarzucając:

naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, na mocy którego zamawiający winien odrzucić ofertę PPHU ATELIER albowiem jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz że naruszenie art. 7 Pzp, nakładającego na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz że wybrana oferta nie spełnia wymogów zamawiającego co do diet szpitalnych zamieszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Rozstrzygając protest zamawiający nie uznał zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, pomijając całkowicie zarzut naruszenia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1. Odwołujący podnosi, że Zamawiający w pkt 2 specyfikacji dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia zamieścił wymagania dotyczące codziennego przygotowania następujących diet (jednostka redakcyjna 2.2.4 specyfikacji): cukrzycowa, wątrobowa, wrzodowa, wrzodowa mielona, kleikowa, nerkowa, wysokobiałkowa, odchudzająca, płynna, lekkostrawna i inne – sporadycznie – według zaleceń lekarzy.

Oferta z dnia 28 lutego 2008 r. złożona przez PPHU ATELIER zawiera przykładowe propozycje posiłków dla diety podstawowej, lekkostrawnej i cukrzycowej (na okres 10 dni), na ten sam okres diety wysokobiałkowej i wątrobowej oraz na ten sam okres diet wątrobowej, wrzodowej i nerkowej a także diety odchudzającej.

Odwołujący stwierdza, że podane przez PPHU ATELIER przykłady diet sprzeczne są z wymogami dotyczącymi np. diet wątrobowych, cukrzycowej i wrzodowej – szczegółowo opisanych w publikacji: PODSTAWY NAUKOWE ŻYWIENIA W SZPITALACH, wydane przez Instytut Żywności i Żywienia im. prof. dra med. A. Szczygła, Warszawa 2001 r. Odwołujący na dowód swojego stanowiska przytoczył jadłospisy dot. diety wątrobowej zamieszczone na stronach 376 i 377, diety cukrzycowej – str. 387, 388, 389, diety wrzodowej – str. 378, 379 ww. publikacji oraz opinię biegłego dietetyka szpitalnego wskazanego przez Instytut Żywności i Żywienia na okoliczności zgodności oferty z wymogami żywienia dietetycznego dla żywienia w szpitalach.

Ponadto Odwołujący przytoczył wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12 lutego 2007 r. w sprawie UZP/ZO/0-132/07, gdzie zostało stwierdzone, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia między innymi w przypadku kiedy Wykonawca oferuje towar o innych parametrach technicznych aniżeli żądane przez Zamawiającego. W takim przypadku Zamawiający musi odrzucić ofertę, wypełniając dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis nie pozostawia swobody co do decyzji zamawiających stanowi bowiem, że „zamawiający odrzuca ofertę(...)”.

Odwołujący podkreślił, że w badanej sprawie zaistniała sytuacja, gdy zamawiający dokonał wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji. Istotą zamówienia jest dostarczanie posiłków spełniających wymogi dietetyczne dla pacjentów szpitala a nie jakichkolwiek posiłków.

2. Odwołujący sformułował zarzut w zakresie braku dostatecznego doświadczenia osoby zatrudnionej na stanowisku dietetyka albowiem tylko brak doświadczenia i wiedzy

może usprawiedliwiać tak daleko idące odstępstwa propozycji wyżywienia przedstawionej przez PPHU ATELIER od wymagań stawianych w publikacji przywołanej wyżej.

3. Ponadto Odwołujący zarzucił stosowanie nieuczciwej konkurencji, skoro wykonawca proponuje w swojej ofercie takie pozycje żywieniowe jak: karp w galarecie, łosoś wędzony, łosoś z grilla, truskawki, morele, nektarynki, szynkę wołową, szczupaka z grilla lub tuńczyka za tak niską cenę. Przywołanie tych potraw zostało dokonane, zdaniem Odwołującego, jedynie dla wykazania wyższości nad innymi ofertami, a więc stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wybrany Wykonawca. Krajowa Izba Odwoławcza uznała przystąpienie za bezskuteczne – wystawione przez osobę nieupoważnioną.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody z wyjaśnień stron oraz z dokumentacji akt sprawy i z książki „PODSTAWY NAUKOWE ŻYWIENIA W SZPITALACH” pod redakcją prof. dra med. Jana Dzieniszewskiego, dra med. Lucjana Szponara, prof. dra med. Brunona Szczygła i prof. dra med. Jerzego Sochy, wydane przez Instytut Żywności i Żywienia im. prof. dra med. A. Szczygła, Warszawa 2001 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Ad 1. Zamawiający nie wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożenia do oferty przykładowych jadłospisów dziennych w poszczególnych dietach. Dlatego zarzut konieczności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest chybiony. Sytuacja ta mogłaby budzić wątpliwości i powodować przynajmniej zasadność wystosowania żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, gdyby w dalszej części specyfikacji Zamawiający nie zamieścił postanowienia § 4 ust. 2 wzoru umowy i ust. 1 szczegółowych warunków umowy. W przytaczanych postanowieniach Zamawiający zastrzegł, że gdy stwierdzi, że którykolwiek posiłek nie będzie odpowiadał warunkom lub nie będzie się nadawał do spożycia, to Wykonawca będzie musiał dokonać wymiany takiego posiłku w ciągu 2 godzin. Ponadto Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do stosowania się do przepisów, zarządzeń i zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego i Instytutu Żywności i Żywienia w zakresie norm żywienia, które obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego oraz jakości żywności. Oprócz tego Zamawiający zatrudnia pracownika – inspektora ds. żywienia, który konsultuje się z lekarzami i musi konsultować się z dietetykiem zatrudnionym przez Wykonawcę. Taką organizacją pracy Zamawiający bierze na siebie odpowiedzialność za prawidłowe

stosowanie diet poszczególnych pacjentów i jednocześnie wymusza stosowanie się Wykonawcy do właściwego doboru potraw dla poszczególnych pacjentów.

Biorąc pod uwagę powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut Odwołującego za chybiony.

Ad 2. Zamawiający nie ma prawa podważać zasadności wydanych przez uprawnione do tego organy dokumentów. Takim dokumentem jest dyplom pracownika wybranego Wykonawcy wystawiony dla magistra inżyniera Akademii Rolniczej w Szczecinie, Wydział Nauk o Żywności i Rybactwie na kierunku Technologia Żywności i Żywienia Człowieka.

Zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona przez wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. W badanym postępowaniu nie zaistniał taki zarzut ani taka okoliczność faktyczna. Dokumenty złożone na wykazanie doświadczenia zawodowego dietetyka, potwierdzają wymagany staż pracy.

Ponadto Zamawiający nie może żądać innych niż zażądał dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut Odwołującego za chybiony.

3. Odwołujący zarzuca stosowanie nieuczciwej konkurencji przez proponowanie w przedstawionej diecie sporadycznie występujących produktów np. łososia i zastosowania w związku z tym rażąco niskiej ceny oferty.

Podanie przez Wykonawcę w ofercie cen o 10-20% niższych niż inni Wykonawcy nie może być obligatoryjną przesłanką do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zaproponowanie niższych cen niż pozostali Wykonawcy może być przesłanką do zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienie dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Jednak to Zamawiający samodzielnie decyduje czy zwrócić się o takie wyjaśnienia w konkretnej sytuacji. W przypadku gdy, jak stwierdził to Odwołujący, została zastosowana marża na „wsad” wynosząca około 30%, nawet przy wzięciu pod uwagę pozostałych kosztów działalności, to w odniesieniu do oferty wybranego Wykonawcy nie można mówić o rażąco niskiej cenie (nierealistycznej w stosunku do cen rynkowych), poniżej kosztów wykonania usługi, gdzie przyjęcie oferty takiego wykonawcy groziłoby nienależytym wykonaniem zamówienia.

Ponadto wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia nie odbiega znacząco od ceny oferty wybranej

Biorąc pod uwagę powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut Odwołującego za chybiony.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*