

WYROK
z dnia 28 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2011 r. przez Odwołującego – Impel Catering spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – „Kutnowski Szpital Samorządowy” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Kutnowski Szpital Samorządowy” w Kutnie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wykonawcy Serenissima Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego – „Kutnowski Szpital Samorządowy” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Kutnowski Szpital Samorządowy” w Kutnie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Impel Catering spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – „Kutnowskiego Szpitala Samorządowego” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Kutnowskiego Szpitala Samorządowego” w Kutnie, na rzecz Odwołującego – Impel Catering spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Usługi żywienia pacjentów”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 października 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2011/S 191-311606.

Zamawiający w dniu 5 grudnia 2011 r. powiadomił Odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi. W dniu 15 grudnia 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechania udostępnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 8 ust. 1 - 3 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przekazania całości jawnej dokumentacji postępowania tj. protokołu i korespondencji Zamawiającego, oraz odtajnienia ofert,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia wykluczenia Wykonawcy: Serenissima Polska Sp. z o.o. w Łodzi,
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie niedozwolonego zmiany i uzupełnienia treści oferty Wykonawcy Serenissima Polska Sp. z o.o.,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez Wykonawcę: Serenissima Polska Sp. z o.o., z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- 7) art. 91 ust 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych przez nieprawidłową ocenę w podkryterium „jakość” i w rezultacie wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności wyboru oferty Wykonawcy: Serenissima Polska Sp. z o.o.,
- 2) przekazania Odwołującemu jawnej dokumentacji postępowania tj. protokołu i korespondencji oraz odtajnienia ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę: Serenissima Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy: Serenissima Polska Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych w razie nieuzupełnienia przez Wykonawcę dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych,
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, w tym również w zakresie prawidłowej oceny w podkryterium „jakość” i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż:

1. Oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż wybrany Wykonawca w ofercie załączył pierwotnie wyłącznie 4 jadłospisy dla diet; ogólnej, wysokobiałkowej, bezsolnej, wrzodowej, które nie odpowiadają treści SIWZ. Zamawiający uznał, że przedstawione jadłospisy nie spełniają wymogów Zamawiającego i wezwał Wykonawcę do uzupełnienia braków. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego wybrany Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 24.11.2011r. przedstawił wymagane brakujące dokumenty - dietę lekkostrawną, trzustkową, beztłuszczową, cukrzycową, płynną i oświadczenia dt. diety przetartej oraz poprawioną dietę ogólną, wrzodową, wysokobiałkową, bezsolną. W rezultacie Wykonawca z rażącym naruszeniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych dokonał uzupełnienia pozostałych jadłospisów (aż 91 stron).
2. Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego „jadłospis dekadowy ma dotyczyć diety podstawowej i lekkostrawnej z uwzględnieniem diet specjalistycznych, zgodnych z aktualną porą roku. Jadłospis ten powinien zawierać ilość kalorii, gramaturę, nazwy potraw i witaminy.” Jadłospisy stanowią treść oferty, zatem wszelkie braki w tym zakresie skutkują odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, a nie stosowaniem procedury przewidzianej w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych lub w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

3. Zgodnie z Rozdziałem XII SIWZ Zamawiający dokonywał oceny oferty wybranego Wykonawcy na podstawie uzupełnionych jadłospisów w podkryterium „jakość”. Zgodnie z SIWZ zasady przeprowadzenia oceny w tym podkryterium zostały uregulowane następująco: Ocena jadłospisu dekadowego Urozmaicenie posiłków (powtarzalność dań, potraw i produktów), jakość posiłków (gramatura potraw, rodzaje produktów, produkty sezonowe, itp.) od 0 do max 25 (Punkty za ocenę przedłożonego jadłospisu zostaną przyznane przez Komisję Przetargową) 25. W wyniku wadliwej oceny Zamawiającego - oferta wybranego Wykonawcy uzyskała w sposób bezprawny maksymalną liczbę 30% przewidzianych w podkryterium „jakość”, mimo że pierwotna oferta przed uzupełnieniem zawierała wyłącznie cztery jadłospisy.

4. Wybrany Wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż nie posiada wymaganych przez Zamawiającego dwóch kuchni produkujących od surowca do gotowego produktu. Tylko jeden obiekt zlokalizowany przy Al. Politechniki 3a w Łodzi posiada decyzję PPIS jako kuchnia produkcyjna z możliwością wywozu posiłków. Drugi obiekt był co prawda kuchnią, ale od 2009 roku jest nieczynny i działa jako bufet/stołówka, gdzie jedzenie jest dowożone w termosach. Posiada wyłącznie wpis do rejestru zakładów podlegających kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej MSWiA. W konsekwencji, oświadczenie Prezesa Zarządu Serenissima zawarte w ofercie (str. 32) jest poświadczeniem nieprawdy: *„(...)dysponuje dwoma kuchniami: główną oraz zapasową (na wypadek braku możliwości przygotowywania posiłków w kuchni głównej), które produkują posiłki od surowca do gotowej potrawy, posiadające decyzję właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków...”*. Zawarte w nim sformułowania użyte są w czasie teraźniejszym jak np. „produkują” i „posiadają decyzję”.

5. Zamawiający wymagał przedłożenia aktualnych zezwoleń wydanych przez właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na podstawie Ustawy z dnia 25.08.2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia, potwierdzające, że kuchnie w których będą przygotowane posiłki spełniają konieczne wymagania higieniczno - sanitarne w zakresie produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych, oraz samochody dopuszczone są do przewozu żywności. Wybrany Wykonawca nie spełnił powyższego wymogu. Na str. 10 oferty złożył zaświadczenie o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów PIS dla kuchni w Łodzi przy al. Politechniki 3A, na str. 11 decyzję PPIS w Łodzi. Jednakże w odniesieniu do kuchni w Szpitalu MSWiA w Łodzi ul. Północna 42 - na str. 12 oferty nie spełniono wymogu, gdyż zawarto w ofercie wyłącznie *protokoły i oświadczenie, że PIS MSWiA nie wydaje decyzji zatwierdzających działalność zakładów żywienia, dlatego Wykonawca przedstawia potwierdzone za zgodność kopie protokołów z kontroli sanitarnych*. Nie ma podstaw prawnych do twierdzenia, że Państwowa Inspekcja Sanitarna MSWiA nie

wystawia decyzji zatwierdzających działalność zakładów żywienia; PIS MSWiA działa na mocy dwóch aktów prawnych tj. - ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. z 1998 r. Nr 90, poz. 575 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 4 listopada 2002 r. w sprawie organizacji oraz zasad i trybu wykonywania zadań przez Państwową Inspekcję Sanitarną Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Na podstawie przepisu art. 20 ust. 2 i 3 ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej w związku z § 8 ust. 1 powyższego rozporządzenia inspektorzy sanitarni realizują zadania oraz posiadają kompetencje właściwe dla państwowych powiatowych oraz państwowych wojewódzkich inspektorów sanitarnych, określone w ustawie. Inspektorzy sanitarni MSWiA działają zatem w oparciu o przepisy sanitarne oraz zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności, gdzie jest mowa o zatwierdzaniu zakładów i wpisach do rejestru. Zamawiający winien wykluczyć Wykonawcę na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

6. W dniu 16.11.2011 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o odtajnienie oferty Wykonawcy ISS Facility Sen/ices Sp. z o.o. a 06.12.2011r. o przekazanie protokołu i oferty firmy Serenissima Polska Sp. z o.o., do dnia sporządzenia niniejszego odwołania Zamawiający nie przekazał protokołu i pism Zamawiającego kierowanych do Wykonawców. Zaniechanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisu art. 8 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawców, wyjaśnienie i uzupełnienie oferty złożone przez Serenissima Polska spółka z o.o. w Łodzi, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany w petitum, może skutkować uzyskaniem zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone

naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopatrzone się takich naruszeń w zakresie oceny oferty Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi.

Podzielono argumentację odwołania odnośnie zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi.

Bezspornym jest, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał posiadania dwóch kuchni: głównej i zapasowej.

W Rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił wymaganie: dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W części, stanowiącej opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków Zamawiający podał: *„Zamawiający uzna za spełniony warunek jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje: „dwoma kuchniami: główną oraz zapasową (na wypadek braku możliwości przygotowania posiłków w kuchni głównej), które produkują posiłki od surowca do gotowej potrawy, posiadające decyzje właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków, przy czym obie kuchnie nie mogą być zlokalizowane w odległości większej niż 75 km od miejsca realizacji usługi (...)”.*

Wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi – w odpowiedzi na tak postawione wymaganie wskazał w ofercie dwie kuchnie, położone w Łodzi: przy Al. Politechniki 3a, dla której załączył decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków a także zlokalizowaną w Szpitalu MSWiA w Łodzi ul. Północna 42, dla której załączył jedynie protokoły z kontroli Państwowego Inspektora Sanitarnego MSWiA i oświadczenie wykonawcy, że PIS MSWiA nie wydaje decyzji zatwierdzających działalność zakładów żywienia, dlatego Wykonawca przedstawia potwierdzone za zgodność kopie protokołów z kontroli sanitarnych. W złożonym na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniu dotyczącym kuchni przy ul. Północnej 42 w Łodzi z dnia 24 listopada 2011 r. wykonawca oświadczył, że *kuchnia w szpitalu MSWiA, Łódź, ul. Północna 42, klasyfikowana przez Państwową Inspekcję Sanitarną MSWiA jako stołówka, posiada wszelkie niezbędne pomieszczenia i wyposażenie pozwalające na prowadzenie działalności w zakresie przygotowania posiłków od surowca. Dodatkowo załączamy protokół z kontroli z 2008 r., w którym jednoznacznie stwierdzono, że w stołówce MSWiA jest możliwość produkcji posiłków od surowca.* Wykonawca załączył też umowę dzierżawy pomieszczeń wraz ze znajdującymi się urządzeniami.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że kwestia posiadania dwóch kuchni, mimo powyższych wyjaśnień wykonawcy wywoływała dalej wątpliwości, wobec czego zwrócił się do Państwowej Inspekcji Sanitarnej MSWiA i uzyskał stanowisko tego organu, zgodnie

z którym: „Firma Serenissima prowadzi kuchnię ze stołówką na terenie ZOZ MSWiA w Łodzi przy ul. Północnej 42, dotychczasowy stan sanitarno – higieniczny nie budzi istotnych zastrzeżeń. W dniu dzisiejszym przeprowadzono wizytację, w trakcie której poczyniono następujące ustalenia:

- A. Pomieszczenia wizytowane w stanie sanitarnym i higienicznym dobrym lub dostatecznym.
- B. Kuchnia czasowo wyłączona z produkcji; w razie potrzeby gotowa do wznowienia pracy;
- C. Obecnie zaplanowano drobne prace renowacyjne w okresie mniejszego obciążenia produkcją.
- D. Posiłki dla chorych dowożone z kuchni zlokalizowanej przy Al. Politechniki 3a w Łodzi prowadzonej również przez firmę Serenissima.
- E. W chwili wizytacji nie stwierdzono uchybień ani zastrzeżeń mogących być podstawą do unieruchomienia placówki z powodów sanitarno – higienicznych.”

Z powyższych ustaleń faktycznych wynika, że wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi nie wykazał dysponowania dwoma kuchniami posiadającymi decyzje właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków. Wbrew stanowisku Zamawiającego, kuchnia zlokalizowana pod adresem ul. Północna 42 w Łodzi nie spełnia wymagania posiadania decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków. Wynika to tak ze złożenia protokołu z kontroli Państwowego Inspektora Sanitarnego MSWiA, w tym z jego treści, jak i wyjaśnienia wykonawcy oraz uzyskanego przez Zamawiającego stanowiska Państwowej Inspekcji Sanitarnej MSWiA. Ostatni dokument – wbrew stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego na rozprawie – nie może być uznany za dalej idący, a tym samym substytucyjny wobec wymaganej w postępowaniu decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego. Także z tego dokumentu nie wynika, by wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi dysponował funkcjonującymi dwiema kuchniami posiadającymi decyzje Państwowego Inspektora Sanitarnego. W odniesieniu do kuchni położonej w Szpitalu MSWiA w Łodzi przy ul. Północnej 42 także z otrzymanego od Państwowej Inspekcji Sanitarnej MSWiA na obszarze województwa łódzkiego pisma z dnia 29 listopada 2011 r. nie wynika, by ta kuchnia była „czynna” w pełnym tego słowa znaczeniu, czyli – jak stanowi postawiony warunek udziału w postępowaniu: „produkowała posiłki od surowca do gotowej potrawy” oraz by w związku z tym posiadała wymaganą decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego. Z pisma tego dowiadujemy się jedynie, że Firma Serenissima prowadzi kuchnię ze stołówką na terenie ZOZ MSWiA w Łodzi przy ul. Północnej 42, dotychczasowy stan

sanitarno – higieniczny nie budzi istotnych zastrzeżeń. Pozostałe stwierdzenia zawarte w tym piśmie odnoszą się do ustaleń dokonanych tego dnia w trakcie wizytacji organu – autora pisma. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Ewentualne uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, ale z takim zastrzeżeniem, że potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania ofert. Niezależnie od tego, z ustaleń Państwowej Inspekcji Sanitarnej MSWiA opisanych w piśmie z 29 listopada 2011 r. wynika wprost, że: *kuchnia czasowo wyłączona z produkcji; w razie potrzeby gotowa do wznowienia pracy; posiłki dla chorych dowożone z kuchni zlokalizowanej przy Al. Politechniki 3a w Łodzi prowadzonej również przez firmę Serenissima.* Z powyższego wynika wprost, że kuchnia przy ul. Północnej 42 w Łodzi nie jest kuchnią działającą produkcyjnie, brak jest też podstaw do przyjęcia – w oparciu o to pismo – by w odniesieniu do tej kuchni wydano decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków.

Powyższe okoliczności determinują wniosek, że zasadnym jest zarzut postawiony przez Odwołującego, iż wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego przez Zamawiającego potencjału technicznego, to jest dwóch kuchni, które produkują posiłki od surowca do gotowej potrawy, posiadające decyzje właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków. Skutkiem takiej oceny jest konieczność wykluczenia wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi z postępowania, a w konsekwencji – uznania Jego oferty za odrzuconą. Zgodnie bowiem z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś w myśl ust. 4 tego przepisu - ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zamawiający wyartykułował w piśmie z 22 listopada 2011 r. wobec wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi braki w zakresie wskazanej kuchni, wskazując, że „z przedstawionych dokumentów (protokoły kontroli sanitarnej) wynika, że kuchnia zapasowa – ul. Północna 42, Łódź (MSWiA) – jest stołówką, która nie prowadzi produkcji od surowca i prowadzi żywienie wyłącznie w oparciu o catering”. Wykonawca w dokumentach złożonych wraz z ofertą oświadczył, że wobec PIS MSWiA nie wydaje

decyzji zatwierdzających działalność zakładów żywienia, dlatego Wykonawca przedstawił potwierdzone za zgodność kopie protokołów z kontroli sanitarnych, zaś w wyjaśnieniach złożonych w tym przedmiocie na wezwanie Zamawiającego podał dalszą argumentację mającą na celu wykazanie, że kuchnia przy ul. Północnej spełnia warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego i że „w stołówce MSWiA jest możliwość produkcji posiłków od surowca”. Powyższe wyczerpuje potrzebę wezwania do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy.

Powyższe decydowało o uwzględnieniu zarzutu i nakazaniu wykluczenia wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi, a konsekwencji - uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Nie podzielono natomiast zarzutu, iż w zakresie opisanych wyżej dwóch kuchni, wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi powinien podlegać wykluczeniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew twierdzeniu odwołania, zestawienie zawartości informacyjnej dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą nie uprawnia do wniosku, by wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W dokumentach składających się na ofertę wykonawca zawarł oświadczenie powtarzające brzmienie postawionego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym „(...) dysponuje dwoma kuchniami: główną oraz zapasową (na wypadek braku możliwości przygotowywania posiłków w kuchni głównej), które produkują posiłki od surowca do gotowej potrawy, posiadające decyzję właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków (...)”. Jednocześnie wykonawca zawarł oświadczenie w odniesieniu do kuchni przy ul. Północnej 42 w Łodzi oraz powodów braku decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na produkcję i wytwarzanie posiłków, załączył także protokół z kontroli przeprowadzonej przez Państwowego Inspektora Sanitarnego MSWiA, gdzie podano stan kuchni oraz zakres czynności w niej wykonywanych. Oświadczył także (str. 12 oferty), że *Kuchnia w Szpitalu MSWiA, Łódź, ul. Północna 42 jest to kuchnia, w której może być prowadzona działalność w zakresie przygotowywania posiłków (...)*. Powyższe dokumenty razem traktowane wskazują, że wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi przedstawił stan rzeczy dotyczący kuchni zgodnie ze swoim przekonaniem o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, załączając przy tym dokumenty pozwalające dokonać Zamawiającemu oceny. W kontekście powyższego, niewłaściwym jest stawianie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania.

Zasadnym okazał się zarzut niezgodności oferty wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym dokonania niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Zamawiający w Rozdziale V.II pkt 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymaganie: *na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego należy załączyć do oferty: jadłospis dekadowy – niezbędny do oceny w kryterium jakości.* W Rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 2 i 3 Zamawiający przewidział co najmniej dziesięć diet, postanawiając: *Średnia ilość posiłków wydawanych w miesiącu z kuchni na oddziały: Dieta podstawowa 5125 szt., Dieta lekkostrawna (wrzodowa, wysoko białkowa, bezsolna) 1275 szt., Dieta beztłuszczowa 160 szt., Dieta trzustkowa 30 szt., Dieta przetarta 25 szt., Dieta płynna 5x p 505 szt., Dieta cukrzycowa 5xp 1250 szt., Inne diety (małoresztkowa, bezglutenowa) 30 szt. 3. Wykaz i charakterystyka diet (nomenklatura podstawowa)” Dieta podstawowa – obejmuje posiłki spożywane przez osoby o zdrowym przewodzie pokarmowym, sposób przyrządzania potraw uwzględnia wszystkie metody zgodnie z nowoczesną technologią potraw (gotowania, smażenie, pieczenie, duszenie). Dieta lekkostrawna i pozostałe diety specjalistyczne – posiłki nie obciążające przewodu pokarmowego. Dieta wyklucza produkty wzdymające, zawierające dużo błonnika, przesiąknięte tłuszczem, zawierające ostre przyprawy. Technologia: gotowanie na parze, duszenie bez tłuszczu. Zmiany w dietach mogą być dokonywane na wniosek lekarzy po uprzednim zgłoszeniu z oddziałów.* W pkt 4 Zamawiający postawił ogólne wymagania co do posiłków: *wykorzystywanie produktów wysokiej jakości o odpowiedniej wartości odżywczej, urozmaicenie posiłków żywnościowych ze szczególnym uwzględnieniem owoców i warzyw, przestrzeganie gramatury poszczególnych porcji żywnościowych, dostarczone posiłki do oddziałów muszą posiadać odpowiednią temperaturę (zupa, kawa i herbata min. 75°C, drugie danie - mięso, sos, ziemniaki min. 65°C i muszą być estetycznie podane, przygotowywanie z okazji świąt posiłków o charakterze świątecznym z uwzględnieniem tradycyjnych potraw, posiłki muszą być apetyczne (smaczne i estetycznie wyglądające), przygotowane i transportowane w higienicznych warunkach, pojemniki muszą być szczelnie zamknięte, aby nie wylewały się z nich dania płynne i utrzymywały odpowiednią temperaturę.*

Na pytanie nr 2 wykonawcy dotyczące jadłospisu dekadowego (jakiej diety ma dotyczyć jadłospis dekadowy), Zamawiający pismem z dnia 14 października 2011 r. podał: *„Jadłospis dekadowy ma dotyczyć diety podstawowej i lekkostrawnej z uwzględnieniem diet specjalistycznych, zgodnych z aktualną porą roku. Jadłospis ten powinien zawierać ilość kalorii, gramaturę, nazwy potraw i witaminy”.*

Na pytanie nr 1 dotyczące doprecyzowania, jakie diety mają być zawarte w jadłospisie dekadowym, Zamawiający podał, iż podtrzymuje odpowiedź na pytanie 1 z dnia 14 października 2011 r.

Wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi w ofercie załączył cztery jadłospisy dla diet: ogólnej, wysokobiałkowej, bezsolnej, wrzodowej.

Zamawiający, pismem z 22 listopada 2011 r. wezwał do uzupełnienia dokumentów, wskazując, że do oferty załączono niekompletne dokumenty wymagane w Rozdziale V.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: *pkt 16 SIWZ – jadłospis dekadowy nie zawiera wszystkich wymaganych przez Zamawiającego diet. Należy uzupełnić rodzaje diet zgodnie z SIWZ. Zamawiający wezwał jednocześnie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zgodnie z wyjaśnieniami nr 1 z dnia 14.10.2011 r. w pytaniu nr 2 Zamawiający wskazał, że jadłospis dekadowy ma dotyczyć aktualnej pory roku. W złożonej ofercie Wykonawca przedstawił jadłospis dekadowy, który nie zawiera informacji, jakiej pory dotyczy, w związku z tym Wykonawca powinien jednoznacznie Zamawiającemu to określić”*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wraz z pismem z dnia 24 listopada 2011 r. Wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi złożył jadłospisy dla diet: lekkostrawnej, trzustkowej, beztłuszczowej, cukrzycowej, płynnej oraz oświadczenie dot. diety przetartej oraz poprawioną dietę ogólną, wrzodową, wysokobiałkową, bezsolną.

W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający w postępowaniu wymagał złożenia jadłospisu dekadowego, który podlegał ocenie wg przyjętego kryterium jakościowego, przy czym rzeczą wykonawców było ów jadłospis dekadowy zróżnicować odpowiednio do podanych przez Zamawiającego rodzajów diet (podstawowa, wrzodowa, wysokobiałkowa, bezsolna, beztłuszczowa, trzustkowa, przetarta, płynna, cukrzycowa, inne diety). Bezspornym jest, że w ofercie Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi nie zawarto wszystkich wymienionych jadłospisów. Wykonawca uzupełnił je dopiero na wezwanie Zamawiającego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić zmiany oferty, musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. W myśl art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty

oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Z przytoczonego przepisu wynika zatem, iż brak jest możliwości zmiany treści oferty na podstawie złożonych wyjaśnień, chyba że zachodzą przesłanki wskazane w przepisie art. 87 ust. 1 a i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stąd w ofercie musi znajdować się jakikolwiek punkt zaczepienia, który pozwoli uznać, że oferta zawiera wyjaśniane treści. Wyjaśnieniu podlegać może bowiem treść oferty – istniejące w niej informacje i w ramach tej treści wyjaśnienia powinny się zamykać. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nastąpi zmiana treści oferty. Jak podkreśla się w orzecznictwie, Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Prawo zamówień publicznych należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne (tak: wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. w spr. KIO/UZP-992/09).

Na gruncie analizowanej sprawy, działanie wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi polegające na uzupełnieniu większości wymaganych jadłospisów, a także zmianie uprzednio – wraz z ofertą złożonych jadłospisów, na wezwanie Zamawiającego stanowi niedopuszczalną zmianę oferty, dokonaną po terminie składania ofert. Zakres zmiany nie pozwala także uznać, by mieściła się ona w pojęciu przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy wyjaśnienia treści oferty.

Nie podzielono w tym zakresie stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym sporne jadłospisy na gruncie przedmiotowego postępowania stanowiły dokument dwojakiego rodzaju: mający potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jak i potwierdzać, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego a tym samym – że mogły one podlegać uzupełnieniu z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 ustawy 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. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Na gruncie analizowanej sprawy, należy uznać, że przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jadłospisy (różne ich rodzaje) stanowią element oferty wykonawcy w aspekcie materialnym, tj. deklarację wykonawcy (oświadczenie woli) co do rodzaju przedmiotu zamówienia zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu. Jadłospisy miały być bowiem zestawione przez wykonawców, zgodnie z własną kalkulacją kosztów ich przygotowania i własnym zamysłem co do składu posiłków. Zamawiający postawił jedynie ogólne ramy w tym zakresie co do kategorii jadłospisów dostosowanych do szczególnych potrzeb żywieniowych pacjentów, gramatury, temperatury czy estetyki podania (Rozdział II pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zawartość tych jadłospisów (jako jadłospis dekadowy) podlega wreszcie ocenie jakościowej przez Zamawiającego, przyznaniu odpowiedniej – wedle tej oceny – punktacji. Nie może zatem być podstawą do uznania, że wymagane w postępowaniu jadłospisy stanowiły nie treść oferty, a miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz potwierdzać, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, samo zamieszczenie tego wymagania w jednostce redakcyjnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która mówi o dokumentach wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego (Rozdział V.II specyfikacji). O charakterze wymaganego dokumentu decyduje bowiem jego treść, jego rzeczywiste znaczenie w postępowaniu, a nie umiejscowienie w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Brak w pierwotnie złożonej ofercie wszystkich jadłospisów, przy jednoczesnej niedopuszczalności uznania uzupełnionych jadłospisów nakazuje uznać ją za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W związku z brakiem w ofercie Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi wymaganych przez Zamawiającego jadłospisów, poprawienie oferty mogło nastąpić jedynie w przypadku, jeśli zachodziłyby okoliczności wskazane w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. mielibyśmy do czynienia z wystąpieniem w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia opracowana na użytek tego postępowania, nie wymieniała szczegółowych jadłospisów. Rzeczą wykonawców było odpowiedzieć na ogólne wymagania Zamawiającego, poprzez samodzielne zaproponowanie diet różnego rodzaju, czyniących zadość oczekiwaniom Zamawiającego, które następnie miały podlegać ocenie jakościowej Zamawiającego. W tym kontekście, powyższej sytuacji nie można rozpatrywać w kategorii niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia podlegającej poprawieniu.

Tak argumentując uznano, iż potwierdził się, stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi. Uwzględniono zarzut dalej idący, to jest skutkujący nakazaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, co skutkuje zarazem uznaniem oferty za odrzuconą.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów.

Odwołujący w zakresie tego zarzutu podał, iż 16 listopada 2011 r. wystąpił do Zamawiającego o odtajnienie oferty Wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. a 6 grudnia 2011r. o przekazanie protokołu i oferty firmy Serenissima Polska Sp. z o.o., przy czym do dnia sporządzenia odwołania Zamawiający nie przekazał protokołu i pism Zamawiającego kierowanych do Wykonawców.

Jeśli chodzi o zarzucane Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia dokumentów i udostępnienia dokumentów na wniosek datowany na 16 listopada 2011 r., zarzut w tym zakresie należy uznać zarówno za spóźniony, biorąc pod uwagę dziesięciodniowy termin na kwestionowanie czynności i zaniechań Zamawiającego; pozostający bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy (oferta ISS Facility Services sp. z o.o. jest droższą od oferty Odwołującego) jak i pozbawiony podstaw w świetle ustalonego stanu faktycznego. Zamawiający, na podstawie dokumentacji postępowania wykazał, że podjął działania mające na celu skorzystanie przez Odwołującego z uprawnienia zapoznania się dokumentami (zwrócił się do ISS Facility Services o odtajnienie części oferty i uzyskał akceptację tego podmiotu; ustalił termin zapoznania się przez Odwołującego z

dokumentami), z czego Odwołujący nie skorzystał. Odwołujący nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, by było inaczej.

Podobnie ocenić należało zarzut zaniechania udostępnienia dokumentów – protokołu z postępowania oraz wezwania Zamawiającego kierowanego do Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi na wniosek Odwołującego z 6 grudnia 2011 r. Ustalono, że Odwołującemu udostępniono dokumentację. Odwołujący przyznał, że sporządził kserokopię oferty Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi oraz uzupełnienie tej oferty dokonane na wezwanie Zamawiającego. Potwierdził to także Zamawiający okazując pokwitowanie z tytułu sporządzenia kopii dla Odwołującego. Nie sposób w tych okolicznościach dać wiary, by Zamawiający wybiórczo okazał dokumentację Odwołującemu. A gdyby tak miało być, należałoby raczej spodziewać się, że Odwołujący, któremu okazano jedynie część dokumentacji: ofertę i jej uzupełnienie a następnie sporządzono ich kopię, w razie pominięcia spornego wezwania oraz protokołu złożyłby wniosek o te elementy dokumentacji, co znalazłoby wyraz w odpowiednim dokumencie.

Tym samym, uznano, że Odwołujący nie wykazał powyższego zarzutu. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy – art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy, art. 91 ust. 1 Prawo zamówień publicznych skutkowały bezpodstawnym wyborem oferty złożonej przez Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi jako najkorzystniejszej. Powyższe naruszenia przepisów miały wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy, wobec czego odwołanie podlegało uwzględnieniu. Uwzględniając odwołanie nakazano wykluczenie wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. w Łodzi oraz – w konsekwencji tego nakazu (art. 24 ust. 4 ustawy) – uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: