

Sygn. akt: KIO 1686/10

**WYROK**  
**z dnia 25 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pawła Usidusa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU Adamus, Paweł Usidus, 75-443 Koszalin, ul. Szarych Szeregów 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Publiczną Szkołę Podstawową nr 1 im. Adama Mickiewicza, 78-320 Połczyn – Zdrój, ul. Grunwaldzka 34**

przy udziale **Jerzego Wesołowskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **JUREX Usługi Gastronomiczne Jerzy Wesołowski, 78-320 Połczyn – Zdrój, ul. Grunwaldzka 34** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Pawła Usidusa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU Adamus, Paweł Usidus, 75-443 Koszalin, ul. Szarych Szeregów 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez

**Pawła Usidusa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU Adamus, Paweł Usidus, 75-443 Koszalin, ul. Szarych Szeregów 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 538 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) przez **Pawła Usidusa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU Adamus, Paweł Usidus, 75-443 Koszalin, ul. Szarych Szeregów 1** na rzecz **Publicznej Szkoły Podstawowej nr 1 im. Adama Mickiewicza, 78-320 Połczyn – Zdrój, ul. Grunwaldzka 34** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Publiczna Szkoła Podstawowa Nr 1 im. Adama Mickiewicza, 78-320 Połczyn-Zdrój, ul. Grunwaldzka 34 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przygotowywanie i wydawanie posiłków dla uczniów w okresie od 18 sierpnia 2010 roku do 17 sierpnia 2014 roku w Publicznej Szkole Podstawowej w Połczynie-Zdroju.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 20 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 112, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2010 roku wykonawca Paweł Usidus, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Paweł Usidus, ul. Szarych Szeregów 1, 75-130 Koszalin wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy oferta zamawiającego odpowiadała treści zamówień publicznych;
2. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż całość zamówienia będzie realizowana na zasadzie cateringu podczas gdy w rzeczywistości przygotowanie posiłków będzie następowało w budynku szkoły w zależności od potrzeb składniki posiłku będą jedynie dowożone z zewnątrz.

Odwołujący się wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty PHU Adamus Paweł Usidus;
- nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego polegającej na ocenie ofert złożonych w postępowaniu i rozstrzygnięcie postępowania poprzez wybranie oferty najkorzystniejszej;
- zasądzenie zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, iż PHU Adamus Paweł Usidus złożył ofertę do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Publiczną Szkołę Podstawową Nr 1 w Połczynie. Przedmiotem umowy,

która miała zostać zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania było świadczenie usług przygotowywania i wydawania posiłków dla uczniów w okresie od 18.08.2010 r. do 17.08.2014 r. (zgodnie z treścią zawartą w formularzu oferty).

W toku postępowania zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2010 roku zwrócił się o złożenie wyjaśnień w następującym zakresie:

„W celu wyjaśnienia miejsca przygotowywania posiłków proszę o złożenie deklaracji, czy firma będzie przygotowywać posiłki na miejscu w stołówce szkolnej w Publicznej Szkole Podstawowej Nr 1 w Połczynie-Zdroju, czy wyłącznie na zasadach cateringu”.

W odpowiedzi odwołujący się wyjaśnił, iż częściowo poszczególne składniki posiłków dowożone będą na zasadzie cateringu. Wskazał ponadto, że jest to podyktowane względami praktycznymi popartymi doświadczeniami w ww. zakresie. Mija się z celem wożenie gotowych do spożycia ziemniaków, a smażenie 1000 kotletów schabowych jest jednostkowo tańsze niż 230 gdyż ww. kotlety są smażone w piecach konwekcyjno-parowych, co skraca czas i koszty uzyskania produktu końcowego przy zachowaniu wszelkich walorów smakowych jak i estetycznych. W odpowiedzi podniesiono ponadto, iż praktyka jak i referencje od odbiorców usług PHU Paweł Usidus w sposób zdecydowany wskazują, iż rozwiązania stosowane przez odwołującego się są sprawdzone i przynoszą zadowolenie kontrahentów.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2010 roku odwołujący się został poinformowany o rozstrzygnięciu przetargu. Z pisma wynikało, iż jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z SIWZ. Jak w uzasadnieniu wyjaśniał zamawiający przyczyną niezgodności był fakt, iż w jego ocenie z treści specyfikacji wynikało, iż posiłki mają być w całości przygotowywane w dzierżawionej kuchni szkoły natomiast z wyjaśnień odwołującego się zdaniem zamawiającego wynikało, iż usługa ma być świadczona w całości na zasadzie cateringu.

Zdaniem zamawiającego zapis SIWZ, z którego ma wynikać fakt, iż przygotowanie potraw ma następować w budynku szkoły, żadne zaś składniki posiłku nie mogą być dowożone z zewnątrz wynika ze zdania użytego w rozdziale I pkt 2 SIWZ: „*Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przygotowywania i wydawania posiłków dla uczniów w okresie od 18.08.2010 r. do 17.08.2014 r. w Publicznej Szkole Podstawowej Nr 1 w Połczynie-Zdroju*”.

ZW ocenie odwołującego się ze stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić z następującymi względów.

I. Z treści specyfikacji nie wynika, iż cały posiłek ma być przygotowywany przez wykonawcę w budynku szkoły. Nie można zapominać, iż w Rozdziale I pkt 2 SIWZ zamawiający określił szczegółowe warunki wykonywania zlecenia i takiego warunku w tym miejscu nie zawarł.

Samo stwierdzenie w tytule przetargu, iż Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przygotowywania i wydawania posiłków w szkole nie oznacza, iż cały proces technologiczny prowadzący do powstania posiłku ma być bezwzględnie prowadzony w budynku szkoły. Założenie takie prowadziłoby do absurdu polegającego na fakcie, iż w sytuacji, gdyby wykonawca miał możliwość prostszego i tańszego wykonania składnika porcji posiłku poprzez użycie odpowiednich urządzeń zamontowanych poza terenem szkoły i tak zmuszony byłby do czasochłonnego ręcznego wykonania w siedzibie szkoły lub też obróbki na dostępnym tam, często przestarzałym sprzęcie (fakt ten wynika z opisu załącznika 7 do SIWZ - „Opisu pomieszczeń i wyposażenia”).

INawet przyjmując logikę Zamawiającego, iż zapis: *„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przygotowywania i wydawania posiłków dla uczniów w okresie od 18.08.2010 r. do 17.08.2014 r. w Publicznej Szkole Podstawowej Nr 1 w Połczynie-Zdroju”* oznacza, iż całość procesu technologicznego prowadzącego do wytworzenia posiłku ma być prowadzona w budynku szkoły to Zamawiający nie jest konsekwentny w tym zakresie i w formularzu oferty już takiego zapisu nie umieszcza.

W ofercie wskazano, iż wykonawca: „Zobowiązuję się wykonać przedmiot zamówienia: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przygotowywania i wydawania posiłków dla uczniów w okresie od 18.08.2010 r. do 17.08.2014 .”

Formularz oferty sporządzony przez Zamawiającego i nie zawiera zapisu choćby sugerującego, iż świadczenie usługi na każdym etapie technologicznym powinno nastąpić na terenie szkoły.

Istotne jest także wskazanie, iż trudno mówić o cateringu w sytuacji, gdy tylko część dania ma być poddana obróbce poza określonym budynkiem. W wyjaśnieniach do PKWiU ustawodawca definiuje usługi cateringowe jako usługi dostarczania gotowych posiłków do odbiorców zewnętrznych. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN, catering to usługa polegająca na przygotowywaniu i dostarczaniu na zamówienie gotowych potraw lub na organizacji przyjęć. Jasno z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wynika, iż wykonawca nie miał zamiaru dostarczania gotowych dań przygotowanych w całości w innym miejscu. W zależności od menu danego dnia wykonawca zastrzegał jedynie, iż ma możliwość dostarczenia składnika dania (np. kotlet) przygotowany w innym miejscu, co

będzie dla zamawiającego rozwiązaniem tańszym i nie będzie powodowało pogorszenia jakości usługi. Co prawda w wyjaśnieniu użyto pojęcia „catering”, ale był to skrót myślowy na co wskazywał jasno dalszy wywód przeprowadzony przez wykonawcę.

Odwołujący się podkreślił, iż samo sformułowanie zapytania i prośba o wyjaśnienie wskazywała, iż zamawiający wyklucza jedynie możliwość przygotowywania posiłku w całości na zasadzie cateringu:

„W celu wyjaśnienia miejsca przygotowywania posiłków proszę o złożenie deklaracji czy firma będzie przygotowywać posiłki na miejscu w stołówce szkolnej w Publicznej Szkole podstawowej Nr 1 Połczyń-Zdroju, czy wyłącznie na zasadach cateringu”.

Zamawiający formułuje pytanie, w którym rozróżnia dwie sytuacje, po pierwsze posiłki w całości przygotowywane są w stołówce szkolnej, po drugiej w całości poza szkołą na zasadach cateringu. Jest to o tyle zrozumiałe, iż umowa obejmuje wykorzystywanie do przygotowywania posiłków w budynku stołówki zaś przygotowywanie posiłków „w całości” na zasadach cateringu oznaczałoby, iż wykonawca nie ma zamiaru wykonywać jakichkolwiek czynności związanych z przygotowaniem posiłków w stołówce szkoły.

Odwołujący się wskazał, iż w zależności od menu danego dnia w szczególnych sytuacjach część posiłku będzie dowoził z innego miejsca, co do zasady jednak posiłek w pozostałym zakresie będzie przygotowywany w kuchni szkoły. Jeżeli warunki techniczne kuchni szkoły i ergonomia umożliwią przygotowanie posiłku w jej pomieszczeniach żaden składnik nie będzie dowożony z zewnątrz.

Odwołujący się wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego przystąpił Jerzy Wesołowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JUREX Usługi Gastronomiczne Jerzy Wesołowski.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Rozdział I pkt 2 przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przygotowywania i wydawania posiłków dla uczniów w okresie od 18 sierpnia 2010 roku do 17 sierpnia 2014 roku w Publicznej Szkole Podstawowej w Połczynie-Zdroju. W ramach usługi wykonawca będzie zobowiązany między innymi do przygotowywania i wydawania obiadów dla uczniów w godzinach 12.00-15.30.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż przedmiot zamówienia obejmuje przygotowywanie posiłków w miejscu ich wydawania. Wskazują na to w sposób jasny i oczywisty przytoczone zapisy SIWZ.

Potwierdzeniem wskazanych zapisów SIWZ jest również zapis § 6 wzorca umowy, gdzie w ust. 1 lit. a ustalono, iż „Stołówka będzie wykorzystywana przez wykonawcę wyłącznie na prowadzenie działalności gospodarczej, a w szczególności na przygotowywanie i wydawanie obiadów (...)”.

Zdaniem Izby odwołujący się zaoferował odmienny od wymaganego sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazuje na to zawarte w treści oferty oświadczenie odwołującego się, iż proponuje on przywożenie gotowych gorących posiłków z głównej kuchni należącej do firmy i mieszczącej się przy Szpitalu Powiatowym w Białogardzie.

Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, iż odwołujący się zamierzał przygotowywać posiłki w innym miejscu niż stołówka szkoły, a mianowicie w kuchni Szpitala Powiatowego w Białogardzie. Deklaracja odwołującego się powoduje, iż treść jego oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Izby odwołujący się – na wezwanie zamawiającego w sprawie wyjaśnienia treści oferty – zmienił oświadczenie zawarte w ofercie stwierdzając, iż „W przypadku wyboru oferty firmy Adamus jako najkorzystniejszej PHU Adamus Paweł Usidus informuje, iż częściowo obiady dla uczniów będą przygotowywane w dzierżawionej kuchni od zamawiającego”. Oba oświadczenia – to zawarte w ofercie i to złożone na wezwanie zamawiającego – stoją ze sobą w sprzeczności. Odwołujący się zmienił sposób wykonania zamówienia, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty za

wyjątkiem przypadków wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie nie występuje żadna z okoliczności, o których mowa w tymże przepisie.

Niemniej jednak stwierdzić należy, iż sposób wykonania zamówienia wskazany w ofercie, jak również i ten wskazany w piśmie złożonym na wezwanie zamawiającego, nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego wskazanym w SIWZ i polegającym na konieczności przygotowywania posiłków w całości w stołówce zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska odwołującego się zawartego w odwołaniu, iż w istocie zaproponował on dowożenie jedynie częściowo poszczególnych składników. Stanowisko takie stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem złożonych przez odwołującego się oświadczeń. Odrzucenie oferty odwołującego się z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ należało uznać za słuszne.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....