

WYROK

z dnia 5 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2014 r. przez **K. Ż.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Eden Catering K. Ż. w Słupsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Pucki Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pucku**

przy udziale wykonawcy **Impel Catering Company Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **K. Ż.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Eden Catering K. Ż. w Słupsku** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **K. Ż.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Eden Catering K. Ż. w Słupsku** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **K. Ż.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Eden Catering K. Ż. w Słupsku** na rzecz **Szpitala Puckiego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pucku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Pucki Sp. z o.o. w Pucku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całodzienne żywienie pacjentów hospitalizowanych wraz z dostawą posiłków do szpitala.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 listopada 2014 roku K. Ż., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Eden Catering K. Ż. w Słupsku (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołująca wniosła o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownej oceny ofert;
- 2) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołująca podniosła, że zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia jej oferty. W decyzji z dnia 18 listopada 2014 roku zamawiający stwierdził, iż przedmiot zamówienia jest niezgodny ze SIWZ. Uzasadnieniem niezgodności przedmiotu zamówienia ze SIWZ jest według zamawiającego jedynie fakt, iż dostatecznie nie udokumentował możliwości dowozu jedzenia do szpitala w ciągu 60 minut od powzięcia wiadomości o problemie z przedmiotowym jedzeniem. W ocenie odwołującej decyzja wydana przez zamawiającego i uzasadnienie formalnie sprzeczne jest z ustawą. W art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mowa jest o niezgodności treści oferty ze SIWZ. Odwołująca wskazała, że w decyzji o odrzuceniu mowa jest o niezgodności przedmiotu zamówienia ze SIWZ. Lektura decyzji pozwala przyjąć, iż zamawiający rzeczywiście starał się oceniać przedmiot zamówienia, a na podstawie ustawy i analizowanego przepisu jest to całkowicie niemożliwe. W tej fazie mowa jest o ewentualnej niezgodności treści oferty ze SIWZ. Przyjmując nawet, że zamawiający dokonał oceny treści oferty ze SIWZ wyraźnie widoczna jest sprzeczność podjętej decyzji z

wykształconą już linią orzecniczą KIO. Uznanie niezgodności oferty z SIWZ jest według przyjętej praktyki czynnością w wysokim stopniu wyjątkową. Zauważalne są nawet pewnego rodzaju cechy subsydiarności tej instytucji. W pierwszej kolejności należy dążyć przeciw do wyeliminowania „lekkich” przypadków niezgodności, dopiero w dalszej kolejności możliwa jest skrajnie negatywna ocena - dot. odrzucenia ze względu na niezgodność oferty ze SIWZ. W sprawie niniejszej nie ma mowy o niezgodności oferty z SIWZ w perspektywie prezentowanej przez KIO. Oferta przedstawiona przez odwołującą nie może zostać zakwalifikowana jako zobowiązanie rozmiijające się z postulowanym przez Zamawiającego zobowiązaniem oczekiwanym. Odwołująca w dostateczny sposób potwierdziła możliwość dowozu jedzenia do szpitala w Pucku. Ewentualne niezgodności dotyczące możliwości dowozu jedzenia w ciągu 60 minut od zaistnienia okoliczności wskazanej w SIWZ powinny zostać wyjaśnione i mogły zostać wyjaśnione. Przecież to odwołująca zaakceptowała w pełni wymagania określone w SIWZ, także dotyczące wyjątkowego dowozu jedzenia. Odwołująca zdaje sobie sprawę z możliwości zapłacenia określonych kar za niezrealizowanie przedmiotu zamówienia, jednakże jest w stanie zapewnić taki dowóz z ośrodków znajdujących się w odległości to umożliwiających, co potwierdza treść oferty. Na tym etapie zamawiający nie wziął tego pod uwagę i arbitralnie pominął odwołującą. Co więcej odwołująca wskazała możliwość dowozu jedzenia z placówki położonej w Luzinie. Dojazd z Luzina do Pucka, przy uwzględnieniu normalnego natężenia ruchu trwa ok. 35-40 minut. Spełnienie więc tego punktu SIWZ jest całkowicie możliwe. Ponadto zauważyć należy, iż w toku postępowania odwołująca zwróciła uwagę na fakt, iż to właśnie towar produkowany przez odwołującą będzie dostarczany z Luzina. Dlatego też decyzja zamawiającego w przedmiocie odrzucenia tej oferty jest całkowicie niezrozumiała. Ewentualne niezgodności i wątpliwości zamawiającego oczywiście nie miały charakteru zasadniczego i nieusuwalnego. Podsumowując odwołująca stwierdziła, że stwierdzić należy, że zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Oferta odwołującej zgodna jest ze SIWZ, a zamawiający nie miał możliwości oceny na tym etapie przedmiotu zamówienia. Częściowe nieporozumienie przy jednym punkcie oferty- w odpowiedzi na jeden punkt SIWZ mogły zostać wyjaśnione i zostały wyjaśnione. Odwołująca ma możliwość dowozu jedzenia w ciągu 60 minut od zaistnienia wskazanej w SIWZ okoliczności i w pełni przyjmuje na siebie to zobowiązanie.

Odwołująca podniosła, że zamawiający przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty nie wziął pod uwagę treści rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z przedmiotowym aktem, możliwe jest żądanie zamawiającego przedstawienia dokumentów np. wskazujących na

współpracę zamawiającego z innym podmiotem, w celu zapewnienia wykonania zlecenia. W sprawie niniejszej zabrakło działania ze strony zamawiającego, który w ogóle nie wziął tych okoliczności pod uwagę, wskazując jedynie arbitralnie w treści decyzji o braku możliwości spełnienia jednego z punktów SIWZ mimo pozytywnego działania ze strony odwołującej, który wskazał konkretne okoliczności uzasadniające możliwość dowozu jedzenia w ciągu 60 minut od momentu zajścia nadzwyczajnej okoliczności określonej w SIWZ. Podkreślić również należy, że punkt SIWZ mówiący o nadzwyczajnej konieczności przywozu jedzenia w ciągu 60 min jest quasi-reklamacją. Zamawiający nie może przyjmować *a priori*, iż odwołujący nie będzie realizował rzetelnie zobowiązania. Oczywiście punkt ten jest zasadny, jednak zdaniem odwołującej, już w oderwaniu od okoliczności uprzednio określonych, nie powinien być *sui generis* podstawą odrzucenia oferty.

Zdaniem odwołującej w postępowaniu doszło do naruszenia zasady zapewnienia uczciwej konkurencji, określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie to jawi się jako arbitralne podjęcie decyzji w przedmiocie wyboru oferty, polegające na odrzuceniu oferty odwołującej bez wymaganego uzasadnienia, tj. bez podstawy prawnej. Odwołująca w toku składania oferty przedstawił ofertę zgodną ze SIWZ, a jedynie działania zamawiającego polegające na braku wyjaśnienia okoliczności dla niego niezrozumiałej spowodowały dyskrecjonalne odrzucenie oferty. Zdaniem odwołującej w sprawie niniejszej doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego m.in. w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który to czyn polega na rzeczowo nieuzasadnionym zróżnicowaniu w podejściu do podmiotów. Odpowiednie traktowanie tego przepisu na gruncie procedury przetargowej pozwala przyjąć, że zamawiający winien traktować strony-oferentów, w sposób równy.

Zdaniem odwołującej zamawiający nie uzasadnił dostatecznie dlaczego oferta odwołującej podlegać winna odrzuceniu wskazując jedynie, że według zamawiającego brak było dostatecznych dokumentów potwierdzających możliwość wykonania oferty. Dla zamawiającego fakt, że główną siedzibą zamawiającego jest Słupsk wystarczający był do odrzucenia tej oferty. Zamawiający nie wziął pod uwagę faktu, iż składając ofertę odwołująca przyjęła na siebie zobowiązanie wynikające ze SIWZ i w toku procedury zobowiązała się do dostarczania posiłków z miejscowości Luzino. Odwołująca więc posiada możliwość dowozu towaru w sytuacji nadzwyczajnej - opisanej w SIWZ, jednak to zamawiający powinien w toku badania oferty wyjaśnić to skrupulatnie i rzetelnie. Skorelowanie działania zamawiającego z praktyką orzeczniczą KIO pozwala przyjąć, że zamawiający odrzucił ofertę, która zgodna była z SIWZ, a niewyjaśnione dostatecznie zostały okoliczności stanowiące dla zamawiającego pewnego rodzaju wątpliwości. Niedopuszczalne jest arbitralne odrzucenie oferty bez rzetelnego zbadania jej. W takiej sytuacji doszło do eksponowanego w

orzecznictwie uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. To uniemożliwienie z góry pojawiło się w momencie wzięcia pod uwagę na etapie badania oferty jedynie adresu siedziby odwołującego i na tej podstawie odrzucenie tejże oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl rozdz. III SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

1. Przygotowanie na bazie kuchni Wykonawcy i dostarczenie do Zamawiającego posiłków (uwzględniających diety specjalne) zgodnie z warunkami i wg zapotrzebowania na całodobowe żywienie pacjentów.

2. Dostawa posiłków do kuchenek oddziałowych.

3. Zabezpieczenie transportu posiłków.

4. Zabezpieczenie zmywania naczyń transportowych.

5. Zapewnienie ciągłości w świadczeniu usług żywienia z zachowaniem reżimu sanitarnoepidemiologicznego.

6. Zabezpieczenie odpowiedniej ilości naczyń transportowych.

7. Dostawę do każdego posiłku serwetek jednorazowych gastronomicznych wykonanych ze 100% celulozy wybielanej bez udziału chloru, 3-warstwowej, o wymiarach minimalnych 30cm x 30cm. Serwetki winny być dostarczone w ilości zgodnej ze złożonym zamówieniem sukcesywnie wraz z dostawą posiłków.

8. Utrzymanie w należyтым stanie sanitarno-epidemiologicznym czystości naczyń transportowych.

9. Wykonawca zobowiązany będzie do:

a) szczelnego odrębnego zapakowania posiłków z podziałem na poszczególne oddziały szpitala zgodnie ze złożonym zamówieniem

b) oznakowania pojemników jednostkowych dla jakiego rodzaju diety dana potrawa jest przewidziana oraz godzinę umieszczenia potrawy w pojemniku po zakończeniu procesu technologicznego.

c) pobierania i przechowywania przez wykonawcę próbek żywności wszystkich potraw wchodzących w skład każdego posiłku zgodnie z przepisami prawa, określonymi w ustawie z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U.z 2010 r. Nr 136 poz. 914 z zm.) oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie z uwzględnieniem zmian wprowadzonych w okresie trwania umowy. Próbki należy pobrać i przechowywać zgodnie z Rozporządzeniem MZ w sprawie pobierania i przechowywania próbek żywności przez zakłady żywienia zbiorowego typu zamkniętego (Dz U. z 2007 r. Nr 80 poz 545)

d) zapewnienia sprawnych w pełni funkcjonalnych, nieuszkodzonych naczyń i sprzętu niezbędnego dla realizacji przedmiotu umowy przez cały okres jej obowiązywania.

e) w przypadku stwierdzenia przez personel oddziału (pielęgniarki) nieodpowiedniej, niezgodnej z złożonym zamówieniem ilości dostarczonych posiłków lub dostawy posiłku o nieprawidłowej jakości, wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia brakujących posiłków w czasie do 60 minut, przy dostarczeniu zamiennika posiłku zapewni taką samą kaloryczność i wartość odżywczą potrawy potwierdzoną przez dietetyka.

10.Odbiór i unieszkodliwianie odpadów pokonsumpcyjnych własnym środkiem transportu.

Zgodnie z rozdz. IV pkt 8 zd. 1 SIWZ dostarczane posiłki muszą być świeże z bieżącej produkcji dziennej bez dodatkowej obróbki technologicznej przed dystrybucją w oddziałach szpitala.

W myśl rozdz. IV pkt 12 produkcja i dostarczanie posiłków musi odbywać się w sposób zapewniający wymagany standard sanitarno-epidemiologiczny oraz zgodny wymogami Rozporządzenia WE Nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29.04. 2004 r w sprawie higieny środków spożywczych (Dz. Urz UE L 139 z 2004 r. ze zmianami) i Ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U.nr 136 poz. 914 z 2010 r z zm.) oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie z uwzględnieniem zmian wprowadzonych w okresie trwania umowy. Produkcja i dostarczanie posiłków realizowana będzie zgodnie z zasadami systemu HACCP (wymóg dotyczy pełnego okresu trwania umowy).

Stosownie do rozdz. IV pkt 15 SIWZ posiłki produkowane w Kuchni Wykonawcy muszą być dowożone do placówki Zamawiającego samochodami przystosowanymi do transportu żywności w sposób zapewniający wymagany standard sanitarno-epidemiologiczny zgodny z przepisami określonymi w ustawie z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2010 r Nr 136 poz.914 z zm.) oraz aktów

wykonawczych wydanych na jej podstawie z uwzględnieniem zmian wprowadzonych w okresie trwania umowy i zgodny z wymogami Rozporządzenia WE Nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29.04. 2004r.w sprawie higieny środków spożywczych (wymóg dotyczy pełnego okresu trwania umowy).

W myśl rozdz. VII pkt 1 ppkt 1.1 lit. a SIWZ w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (art. 22 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności:

Wykonawca może wziąć udział w postępowaniu, jeżeli posiada aktualne zaświadczenie o wpisie do Rejestru Zakładów Podległych Kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej, wystawiony nie wcześniej niż 14 dni przed upływem terminu do składania ofert oraz jeżeli posiada zezwolenie odpowiedniego inspektora sanitarnego na prowadzenie działalności objętej zamówieniem

Zgodnie z rozdz. VIII pkt 6 SIWZ wykonawcy obowiązani byli przedłożyć aktualne zaświadczenie o wpisie do Rejestru Zakładów Podległych Kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej.

Odwołująca złożyła ofertę, w której – w pkt. 13 – wskazała, iż przedmiot zamówienia przygotowywany będzie w Słupsku. Jednocześnie dostarczyła zaświadczenie o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej obejmujące zakład (wraz ze środkami dystrybucji żywności - pojazdami samochodowymi) położony w Szkole Podstawowej nr 8 w Słupsku.

W dniu 18 listopada 2014 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Impel Catering Company Sp. z o.o. Sp. k. we Wrocławiu.

Jednocześnie zamawiający poinformowała, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych odrzuca ofertę firmy EDEN CATERING K. Ż., gdyż przedmiot zamówienia jest niezgodny ze siwz. Zgodnie z zapisem w Rozdziale III pkt 9 ppkt lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz par.2 pkt.9 lit. e projektu umowy, Wykonawca jest zobowiązany cyt. „w przypadku stwierdzenia przez personel oddziału (pielęgniarki) nieodpowiedniej, niezgodnej z złożonym zamówieniem ilości dostarczonych posiłków lub dostawy posiłku o nieprawidłowej jakości, wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia brakujących posiłków w czasie do 60 minut, przy dostarczeniu zamiennika posiłku zapewni taką samą kaloryczność i wartość odżywczą potrawy potwierdzoną przez dietetyka.” Wykonawca dostarczył jedynie zaświadczenie o wpisie do

rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej obejmujące zakład (wraz ze środkami dystrybucji żywności - pojazdami samochodowymi) położony w Szkole Podstawowej nr 8 w Słupsku. Zakład ten znajduje się w takiej odległości od Pucka, której czas pokonania pojazdem samochodowym przenosi w znacznym stopniu wymagany przez Zamawiającego czas 60 minut. Dodatkowo należy wskazać, że w/w zaświadczenie nie obejmuje żadnego zakładu znajdującego się w Rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej w Luzinie, a ponadto Wykonawca nie przedstawił żadnej umowy, na podstawie której mógłby dostarczyć posiłki od podmiotu mającego siedzibę w Pucku zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołująca jest uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza wskazanych wyżej postanowień SIWZ pozwala na wniosek, iż wykonawca realizujący przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem obowiązany będzie przygotowywać posiłki we własnym zakładzie i zakład ten winien być wpisany do Rejestru Zakładów Podległych Kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu obowiązani byli złożyć wraz z ofertą aktualne zaświadczenie o wpisie do Rejestru Zakładów Podległych Kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej.

Z powyższego wynika, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia obowiązani byli wskazać zakład spełniający wszystkie formalne warunki wskazane w SIWZ i tym samym zobowiązywali się do wytwarzania i dostarczania posiłków wyłącznie ze wskazanego zakładu. Brak jest podstaw do przyjęcia, iż dopuszczalne jest dostarczanie posiłków z jakiegokolwiek innej placówki, niewskazanej w SIWZ.

Odwołująca w pkt. 13 formularza oferty wskazała, iż przedmiot zamówienia realizowany będzie w placówce położonej w Słupsku. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest fakt, iż dojazd ze Słupska do Pucka zajmuje więcej niż 60 minut.

Tym samym stwierdzić należy, iż odwołująca, wykonując przedmiot zamówienia zgodnie z zobowiązaniem wskazanym w ofercie, nie jest w stanie wywiązać się ze zobowiązania zawartego w Rozdziale III pkt 9 ppkt lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz par.2 pkt.9 lit. e projektu umowy, zgodnie z którym wykonawca jest

zobowiązany, w przypadku stwierdzenia przez personel oddziału (pielęgniarki) nieodpowiedniej, niezgodnej z złożonym zamówieniem ilości dostarczonych posiłków lub dostawy posiłku o nieprawidłowej jakości, do dostarczenia brakujących posiłków w czasie do 60 minut, przy dostarczeniu zamiennika posiłku zapewni taką samą kaloryczność i wartość odżywczą potrawy potwierdzoną przez dietetyka. Tym samym uznać należy, iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującej z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby niezasadnym jest stanowisko odwołującej, iż zamawiający winien wezwać ją do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednocześnie odwołująca stwierdziła, iż mogłaby dowozić posiłki z placówki położonej w miejscowości Luzino, położonej w takiej odległości od Pucka, iż możliwym byłoby dostarczanie posiłków w ciągu 60 minut od zgłoszenia.

Izba wskazuje, iż wyjaśnienia dotyczące treści oferty mogą mieć miejsce w sytuacji i na warunkach opisanych w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

W rozpoznawanym przypadku złożone przez odwołującą wyjaśnienia polegałyby na wskazaniu innej placówki niż wskazana w ofercie odwołującej. Tego rodzaju zmiana treści oferty wykracza poza granice ustawowej dopuszczalności takowej zmiany. Wskazanie przez odwołującą placówki znajdującej się w dalszej odległości niż wymagana przez zamawiającego nie jest ani oczywistą omyłką pisarską, ani też oczywistą omyłką rachunkową. Z kolei wskazanie innej placówki niż zakład w Słupsku stanowiłoby istotną zmianę treści oferty odwołującej, co wyklucza poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty

wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu sprecyzował w sposób jasny swoje oczekiwania względem realizacji przedmiotu zamówienia i z uwzględnieniem swoich rzeczywistych potrzeb. Odwołująca złożyła ofertę, z której wynika, iż nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia w sposób określony w SIWZ, co w konsekwencji musi prowadzić do odrzucenia jej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....