

WYROK

z dnia 31 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2016 r. przez wykonawcę **A. Z.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rudna w Rudnej**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Rudna w Rudnej** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującej Aliny Zgorzelskiej i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Rudna w Rudnej** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **A. Z.** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Gminy Rudna w Rudnej** na rzecz **A. Z.** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rudna w Rudnej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zorganizowanie zielonej szkoły nad morzem w Polsce dla około 640 uczniów uczęszczających do szkół podstawowych i gimnazjalnych z terenu Gminy Rudna.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 maja 2016 roku wykonawca Alina Zgorzelska, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Podróży „GRAL” A. Z. w Wiśle (dalej: odwołująca), wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był obowiązany z mocy ustawy.

Odwołująca zarzuciła zamawiającemu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, iż oferta odwołującej nie spełnia wymogu określonego w pkt XVI.7 ppkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy wymóg ten został spełniony,

ewentualnie poprzez uznanie podanego wymogu za wymóg merytoryczny, podczas gdy miał on charakter formalny, a zamawiający nie podał żadnych wymagań odnośnie gramatury posiłków, tym samym uniemożliwiając ocenę zgodności lub jej braku ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

ewentualnie poprzez brak poprawienia gramatury posiłków zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 prawa zamówień publicznych jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty odwołującego;

2) w przypadku uznania braku zasadności powyższego zarzutu odwołująca czynnościom zamawiającego zarzuciła:

naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. polegające na braku wezwania odwołującego do uzupełnienia projektu wyżywienia, podczas gdy z zachowania zamawiającego w stosunku do

ofert konkurencyjnych oraz zachowania zamawiającego z poprzednich lat wynika, iż zawsze traktował ten dokument jako potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego;

3) w przypadku uznania braku zasadności powyższego zarzutu odwołująca czynnościom zamawiającego zarzuciła:

naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p polegające na wezwaniu innych wykonawców do uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty tego samego rodzaju, podczas gdy w stosunku do projektu wyżywienia w ofercie odwołującej nie wystosowano wezwania do uzupełnienia;

4) w przypadku uznania braku zasadności powyższego zarzutu odwołująca czynnościom zamawiającego zarzuciła:

naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. polegające na braku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołująca wniosła o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Turystyczne Lubatur Spółka Jawna R. L., A. L.,

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W przypadku uwzględnienia jedynie ostatniego zarzutu odwołująca wniosła o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Turystyczne Lubatur Spółka Jawna R. L., A.L.,

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Biuro Turystyczne Lubatur Spółka Jawna R. L., A. L. oraz oferty złożonej przez Panorama spółka cywilna S.Z., J.Z. oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie odwołująca wniosła o zasądzenie od zamawiającego (a w przypadku uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego przy wniesionym sprzeciwie uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o zasądzenie od tegoż uczestnika postępowania) kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

W uzasadnieniu odwołania odwołująca podniosła, że w dniu 6 maja 2016 r. zamawiający nadał listownie zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Biuro Turystyczne Lubatur Spółka Jawna R.L., A.L.(dalej również jako Biuro Lubatur). Oferta odwołującej została odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. W ocenie zamawiającego, oferta odwołującej zawiera projekt wyżywienia (jadłospis), w którym nie wskazano gramatury śniadań i kolacji, co w ocenie zamawiającego stanowi o jej niezgodności z s.i.w.z., a dokładniej jej pkt XVI.7 ppkt 8.

Odwołująca podniosła, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Lubatur. Interes odwołującej przejawia się w tym, że korzystne rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wobec czynności zamawiającego spowodowałoby, iż oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu. Szkada grożąca odwołującej to utracone korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, którego nie uzyskałaby, gdyby w obrocie pozostała wadliwa czynność zamawiającego.

W ocenie odwołującej projekt wyżywienia zawarty w jej ofercie spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bufet szwedzki z założenia nie zna ograniczeń ilościowych na jedną osobę. Takie znaczenie bufetu szwedzkiego jest jasne, a zamawiający akceptował jednocześnie określenie „bez ograniczeń” występujące w innych ofertach. Co więcej, zamawiający akceptował inne, zamiast gramatury opisy posiłków dotyczące objętości (która nie jest wagą posiłku) lub ilości sztuk (której też nie da się przełożyć na wagę posiłku). Podobnie zamawiający w poprzednich latach akceptował określenie „bez ograniczeń”, określenia dotyczące objętości czy ilości sztuk, a nawet brak jakiegokolwiek opisu przy wybranych pozycjach.

Odwołujący podniosła, że podała gramaturę dla elementów porcji limitowanych ilościowo, a zamawiający wymagał określenia gramatury w projekcie wyżywienia nie precyzując, których elementów ma dotyczyć. Literalnie odczytując wymóg zamawiającego,

odwołująca podała gramaturę w projekcie wyżywienia, jedynie nie dotyczyła ona wszystkich pozycji.

Odwołująca uznała, że żądany projekt wyżywienia nie miał znaczenia dla badania oferty, a wymóg jego załączenia miał jedynie charakter formalny. Zamawiający nie badał w żaden sposób przedstawionego projektu wyżywienia, czy to co do rodzajów dań, czy ich gramatury. Nie badał, bo nie mógł, skoro nie postawił w tym zakresie wymagań.

Jedynie w przypadku uznania powyższej argumentacji za niezasadną, odwołująca podniosła, że wspomniany projekt wyżywienia traktowany był w tym postępowaniu wobec innych wykonawców, jak również w tożsamych poprzednich postępowaniach jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Tym samym odwołująca powinien zostać wezwany do jego uzupełnienia, jeśli zamawiający uznał, że zawiera braki.

Ostatecznie, w przypadku braku uwzględnienia powyższych zarzutów i uznania projektu wyżywienia za dokument istotny przy badaniu oferty, niepodlegający uzupełnieniu oraz uznaniu określenia bufet szwedzki za niewystarczające i niepodlegające poprawie odwołująca wniosła o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, gdyż braki określenia gramatury dotyczą dwóch pozostałych wykonawców, których oferty podlegały ocenie.

Odwołująca wskazała, iż językowa treść pojęcia bufet szwedzki jest tożsama z brakiem ograniczenia ilościowego. Tak wskazuje słownik języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN udostępniony na stronie <http://sjp.pwn.pl>. Pojęcie bufetu szwedzkiego (stołu szwedzkiego) zostało tam zdefiniowane następująco: „sposób serwowania potraw, polegający na udostępnieniu ich w dużym wyborze do korzystania w dowolnej ilości”. Ponieważ „dowolna ilość” nie ma swojego jednoznacznego odpowiednika, nie jest możliwe jej wymierne określenie w gramach. Jednocześnie nie oznacza to, że gramatura nie została podana, nie została jedynie określona wymierną wartością z przyczyn obiektywnych.

Odwołująca wskazała, że w wybranej ofercie Biura Lubatur pojawiają się takie określenia jak:

- zupa mleczna z pł. kukurydż. - 300 ml (brak określenia gramatury, jedynie określono objętość),
- serek tarte -1 szt. (brak określenia gramatury),

- herbata z cytryną - b.o. (niedookreślone pojęcie „bez ograniczeń”),
- szynkówka z indyka - (brak jakiegokolwiek określenia czy to ilości, objętości czy wagi).

Określenia te wzięto dwóch ostatnich dni projektu wyżywienia, każde z nich jednak wielokrotnie występuje w różnych miejscach, nie jest jednorazowym przypadkiem.

W ofercie spółki cywilnej Panorama, która została uznana za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia pojawiają się podobne określenia:

- zupa pomidorowa - bez ograniczeń,
- banan -1 szt.,
- jajecznicza ze szczypiorkiem - (brak jakiegokolwiek określenia),
- kompot-200 ml.

I podobnie jak wcześniej, każde z tych określeń pojawia się wielokrotnie.

W ocenie odwołującej skoro zamawiający uznał każde z powyższych sformułowań, to tym samym powinien również zaakceptować określenie „bufet szwedzki” wskazujące na brak ograniczenia ilościowego podawanych dań i artykułów spożywczych w ramach śniadań i kolacji.

Odwołująca stwierdziła, że dwa lata temu zamawiający prowadził podobne postępowanie obejmujące zorganizowanie nad morzem w Polsce w województwie pomorskim dwóch 14-dniowych turnusów profilaktyczno- zdrowotnych połączonych z nauką. Postępowanie zakończyło się wyborem oferty odwołującej i podpisaniem umowy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający również wymagał projektu wyżywienia - jadłospisu zawierającego gramaturę. Oferta odwołującej była skonstruowana analogicznie jak w przedmiotowym postępowaniu i zamawiający wówczas uznał ją za prawidłową.

W ocenie odwołującej, w przypadku uznania przez skład orzekający w niniejszej sprawie, iż określenie gramatury przez użycie pojęcia bufetu szwedzkiego jest niewystarczające, zasadne jest zobowiązanie zamawiającego do poprawienia tego określenia jako innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odwołująca stwierdziła, iż konieczność wezwania odwołującego do uzupełnienia projektu wyżywienia wynika również z działań zamawiającego w stosunku do innych wykonawców, którzy zostali wezwani do uzupełnienia dokumentów w ofercie.

W przypadku uznania za niezasadne wcześniejszych argumentów odwołującej odwołująca podniosła, iż odrzuceniu podlegają wówczas zarówno oferta Biura Lubatur, jak i oferta Panorama s.c., gdyż treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takiej zaś sytuacji wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu zamawiający powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 maja 2016 r. wniósł o:

- 1) oddalenie zarzutów podniesionych w w/w odwołaniu;
- 2) zasądzenie od odwołującej na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności kosztów wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. nr 41, poz. 238 ze zm.)

Zamawiający podniósł, że oferta przedłożona przez odwołującą winna podlegać odrzuceniu. Przywołał treść pkt XVI.7 ppkt 8 s.i.w.z. w brzmieniu: "Oferta powinna zawierać projekt wyżywienia - jadłospis na każdy dzień pobytu ze wskazaniem daty / dnia pobytu, zawierający gramaturę". Odwołująca wskazała obiady przypadające na każdy dzień pobytu, do którego podała gramaturę, jednakże w stosunku do śniadań i kolacji, wskazała ogólnikowo szwedzki bufet, a szczegółów tych dań nie podała, sugerując odwoływanie się do treści przedłożonego załącznika. Niemniej jednak na próżno szukać w załączniku do jadłospisu jakichkolwiek informacji o ilości serwowanych posiłków - czy to z podziałem na sztuki, porcje lub wymaganą przez zamawiającego gramaturę. Co więcej, odwołująca nie posłużyła się żadnymi miarami, które pozwalałyby zamawiającemu obiektywnie stwierdzić jaka będzie *de facto* ilość spożywanych posiłków przez podopiecznych szkół i czy przypadkiem będzie to ilość wystarczająca do zapewnienia dzieciom komfortu żywienia. Oczywistym jest bowiem dla zamawiającego, że szwedzki bufet ze swej natury nie jest nieograniczony w swoim zakresie. Nie jest to oferta *all inclusive*, która jest odpowiednikiem tego, co odwołująca ma na celu insynuować, a mianowicie, że wiąże się z nieograniczoną ilością jedzenia. Dlatego bez powodzenia szukać w definicji słownikowej szwedzkiego bufetu - przytoczonej przez odwołującą - jakiegokolwiek sensu, mającego z tej sprawie znaczenie.

W ocenie zamawiającego, który nauczony doświadczeniem organizowania przez odwołującą zielonej szkoły w poprzednich latach i serwowaniem przez nią jedzenia w ilości nieadekwatnej do ilości uczestników tych szkół, wskazanie przez odwołującą w ofercie bardzo ogólnie opcji serwowania szwedzkiego bufetu, ma tylko jeden cel - mianowicie zagwarantowanie jej możliwości ewentualnego uchylenia się od negatywnych skutków, które wiążą się z podawaniem przez nią jedzenia w mniejszej ilości aniżeli powinno to przypadać na poszczególnego uczestnika takiego wyjazdu. Tym bardziej, że zamawiający, znając tryb działania odwołującej, wie, że w istocie limit serwowanego przez nią jedzenia jest ograniczony, choć to nie wynika z treści składanych przez nią ofert, zarówno w tym postępowaniu jak i w postępowaniach z lat ubiegłych. Dlatego nie na miejscu są wszelkie insynuacje odwołującej, że biura podróży Lubatur i Panorama posłużyły się pojęciem bez ograniczeń (które *nota bene* uczyniły tylko głównie w odniesieniu do napojów i zup), które zostały przez zamawiającego zaakceptowane, a forma szwedzkiego bufetu zaproponowana przez odwołującą została uznana za niezgodną z s.i.w.z. Zamawiający podniósł, że nijak ma się porównywanie opcji bez ograniczeń z formą szwedzkiego bufetu, tym bardziej, że zamawiający doskonale wie z jak okrojoną ilością wyżywienia wiąże się forma proponowana przez odwołującą. Dlatego, wracając do kwestii podniesionej przez zamawiającego we wstępie, nie można uznać, że to, co zaprezentowała odwołująca w jadłospisie stanowiącym ofertę, odpowiada treści s.i.w.z.

W ocenie zamawiającego nietrafny jest również zarzut, że zaakceptowanie ofert innych wykonawców przez zamawiającego odbywało się z jakimkolwiek pokrzywdzeniem odwołującej. Skoro odwołująca chce tak dokładnie badać treść ofert powołując się na ich literalne brzmienie, to podkreślić należy, że jadłospisy pozostałych uczestników postępowania przetargowego bardziej szczegółowo określały wielkość serwowanych przez nich posiłków i dlatego spełniły wymogi przewidziane przez s.i.w.z. Przyrównywanie się odwołującej, która nie wskazała w ogóle na ilość serwowanego przez nią jedzenia, do pozostałych uczestników postępowania przetargowego, jest niedorzeczne. Na marginesie zamawiający wskazał, że biuro podróży Kon Tiki przedłożyło do oferty szczegółowy jadłospis z wyszczególnieniem każdego z dań na każdy dzień pobytu, gdzie każdy składnik jedzenia jest wskazany osobno z podaniem gramatury i dodatkowo wartości odżywczej. Biuro podróży Panorama, jak również biuro podróży Lubatur, przedłożyły szczegółowy jadłospis, gdzie każdy dzień i każda porcja posiłku jest podana osobno ze wskazaniem albo gramatury albo ilości sztuk. Zamawiający przypomniał, że odwołująca w odniesieniu do obiadów była w stanie wskazać gramaturę każdego ze składników, nie wskazała tej gramatury w odniesieniu do śniadań i kolacji. Ponadto odwołująca również przy każdym deserze nie dość, że posługiwała się ogólnymi pojęciami takimi jak: bułeczka, owoc, batonik, których to zwrotów

bezwocnie szukać w ofertach innych uczestników postępowania, nie wskazała ile sztuk tych deserów przypada na uczestnika zielonej szkoły. Odwołująca bardzo powierzchownie wskazała, że uczestnikom zielonej szkoły przysługują do wyboru dwa rodzaje sałatek, ale w istocie nie wiadomo jakie składniki zawarte są w każdej z nich. Dlatego zamawiający wskazał, że jadłospis odwołującej nie dość, że został sporządzony wyjątkowo niestarannie i niejednoznacznie, to jeszcze odbiega całkowicie od tych menu, które przedstawili pozostali uczestnicy postępowania, a w zakresie kolacji i śniadań nie zawiera wartości kalorycznej tych posiłków. Dlatego w kwestii niezgodności treści oferty odwołującej z s.i.w.z., zamawiający nie miał żadnej wątpliwości.

Zamawiający nie zgodził się, że wymóg określony przez zamawiającego w treści pkt XVI.7 ppkt 8 s.i.w.z. był wymogiem formalnym nie zaś merytorycznym,

W ocenie zamawiającego nedorzeczny jest zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., gdzie, zdaniem odwołującej, zamawiający winien był we własnym zakresie i w trybie tego przepisu poprawić treść jadłospisu, wpisując gramaturę posiłków. W żaden sposób nie można uznać takiego braku za oczywistą omyłkę, której korekta nie powodowałaby istotnych zmian w treści oferty. Ponadto jadłospis przygotowany przez odwołującą był wyjątkowo niestaranny; załącznik do menu był powieleniem w istocie tego, co Odwołująca wskazała w jadłospisie z tym wyjątkiem, że zamiast gramatury posiłków, Odwołująca ogólnie wymieniła co składa się na śniadanie i kolację, ale nie wskazała żadnej miary tych posiłków zarówno w postaci gramatury, jak i w ilości sztuk. Z formy sporządzonego menu wynika, że odwołująca z góry nie miała zamiaru podawać tej gramatury, a na pewno nie wynika z oferty, że był to zabieg polegający na jej przeoczeniu. Skoro bowiem odwołującą mogła wskazać gramaturę każdego składnika obiadu, mogła to również to uczynić w rubryce, gdzie były wskazane śniadania i kolacje.

W ocenie zamawiającego, w błędzie jest odwołująca, która twierdzi, że zamawiający w stosunku do wykonawców stosował praktykę wezwania do uzupełnienia oferty, a bezzasadnie nie zastosował jej w stosunku do odwołującej oraz że w poprzednich latach zamawiający traktował sporządzone przez odwołującą menu jako spełniające kryteria zgodności z s.i.w.z. Z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., którego naruszenie odwołująca zarzuca wynika, że „[...]uzupełnienie dokumentów albo wyjaśnienie oferty jest możliwe, ale tylko w takim zakresie, który nie zmienia parametrów przedmiotu zamówienia wskazanych wyraźnie w ofercie (wszystkich jej dokumentach, nie tylko formularzu ofertowym). Wykonawca może zatem wskazać na parametry, funkcje czy okoliczności, których w ofercie i załączonych dokumentach brak. Jeśli jednak dane takie zostały w ofercie podane, niemożliwa jest ich zmiana przez wykonawcę

Odnosząc się natomiast do kwestii wzywania innych wykonawców do uzupełnienia treści składanych ofert, zamawiający wskazał, że wezwania te były konieczne, a nadto nie miały żadnego związku z nieprawidłowościami związanymi z niewskazaniem gramatury przez którykolwiek z tych podmiotów, bowiem każdy z wykonawców przygotował jadłospis odpowiadający zapisom s.i.w.z. Zamawiający wezwał jedynie biuro podróży Lubatur do przedłożenia brakujących zdjęć obiektów sportowych oraz do złożenia oświadczenia czy jedna z usług świadczonych przez to biuro była wykonywana dla minimum 200 uczestników. Natomiast wezwanie do biura podróży Panorama dotyczyło niezłożenia przez nie polisy ubezpieczenia i jadłospisu na II turnus zielonej szkoły - co bez wątplenia pozwala na zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., albowiem we wszystkich wskazanych powyżej przypadkach zamawiający jedynie zobowiązywał pozostałych wykonawców przedłożenia brakujących dokumentów i oświadczeń, a nie zmiany treści jadłospisów bądź zmiany treści którejkolwiek części złożonej oferty. Dlatego bezzasadny jest zarzut odwołującej polegający na rzekomym naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, całkowicie pozbawiony aprobaty jest zarzut odwołującej polegający na naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., a to z tego względu, że zamawiający w zupełnie innym celu wzywał pozostałych uczestników do uzupełnienia treści złożonych przez nich ofert.

Zamawiający podniósł, że ostatecznie, również ewentualny zarzut odwołującej polegający na rzekomym naruszeniu przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp jest całkowicie chybiony. Przepis tego artykułu wyraźnie odnosi się do sytuacji, gdy wszystkie oferty wykonawców zostałyby odrzucone, a czynność ta miałaby charakter ostateczny.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zorganizowanie zielonej szkoły nad morzem w Polsce dla około 640 uczniów uczęszczających do szkół podstawowych i gimnazjów z terenu Gminy Rudna, w dwóch turnusach – od 7 do 20 września 2016 roku i od 21 września do 4 października 2016 roku.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Kryteriami oceny ofert, zgodnie z rozdz. XIX ust. 2 s.i.w.z., były:

- 1) cena – max 95 pkt.
- 2) odległość ośrodka od morza – max 5 pkt.

Zgodnie z rozdziałem XVI s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 7 pkt 8, oferta powinna zawierać projekt wyżywienia – jadłospis na każdy dzień pobytu, ze wskazaniem daty i dnia pobytu, zawierający gramaturę.

W postępowaniu złożono 4 oferty:

- 1) Biuro Turystyczne Lubatur Sp. j. R.L., A.L. w Będzinie, cena brutto 645 880,00 zł, odległość ośrodka od morza 255 m
- 2) Biuro Podróży „GRAL” A. Zamawiający, cena brutto 540 800,00 zł, odległość ośrodka od morza – 470 m
- 3) Panorama s.c. S. Z., J.Z. w Kątach Rybackich, cena brutto 714 800,00 zł odległość ośrodków od morza – 975 m i 600 m
- 4) Biuro Podróży „KON-TIKI” Ł. i G. sp. j. we Wrocławiu, cena brutto 619 750,00 zł, odległość ośrodków od morza – 1220 m i 160 m.

Odwołująca złożyła wraz z ofertą jadłospis na tydzień I i II dla turnusu I i II, gdzie w rubryce zatytułowanej „Obiad” wyszczególniono dania na każdy dzień pobytu wraz z podaniem ich gramatury w zakresie dań przygotowywanych, pojemności w przypadku napojów oraz ilości sztuk w przypadku gotowych produktów spożywczych (owoce, słodycze itp.). W rubrykach zatytułowanych „Śniadanie” i „Kolacja” zawarto zapis o treści: „Bufet szwedzki w załączeniu”. Ponadto, w rubryce „Kolacja” wskazano rodzaj dania ciepłego przewidywanego w danym dniu.

Załącznikiem do jadłospisu jest lista posiłków i produktów żywnościowych wchodzących w skład bufetu szwedzkiego, bez określenia ilości i gramatury.

Pismem z dnia 5 maja 2016 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Turystyczne Lubatur sp. j. za cenę brutto 645.880,00 zł. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu ofert złożonych przez odwołującą oraz wykonawcę Biuro Podróży „KON-TIKI” Ł. i G. sp. j. we Wrocławiu. Uzasadniając przyczyny odrzucenia oferty odwołującej, zamawiający wskazał, iż oferta ta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niespełnienia

pkt. XVI.7 ppkt 8 s.i.w.z., t.j. oferta zawiera jadłospis, w którym wskazano gramaturę dla obiadów, natomiast śniadania i kolacje nie zawierają wymaganej gramatury.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującej. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p polegające na wezwaniu innych wykonawców do uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty tego samego rodzaju, podczas gdy w stosunku do projektu wyżywienia w ofercie odwołującej nie wystosowano wezwania do uzupełnienia oraz naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. polegające na braku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, nie były przedmiotem orzekania. Szacunkowa wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu nie przekracza bowiem kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy P.z.p., odwołanie przysługuje wyłącznie w sprawach:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Ponieważ wskazane zarzuty wykraczają poza katalog podanych wyżej spraw, Izba zarzuty te pozostawiła bez rozpoznania.

Izba stwierdziła, że odwołująca jest uprawniona do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zakwestionowana przez odwołującą decyzja zamawiającego o odrzuceniu jej oferty zasadzała się na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. treści rozdz. XVI s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 7 pkt 8, zgodnie z którym "Oferta powinna zawierać projekt wyżywienia – jadłospis na każdy dzień pobytu, ze wskazaniem daty i dnia pobytu, zawierający gramaturę".

W ocenie Izby wskazane postanowienie s.i.w.z. jest na tyle nieprecyzyjne, że budzi uzasadnione wątpliwości co do interpretacji oczekiwań zamawiającego w tym zakresie. W

szczegółności nie można z niego wywnioskować, iż wymóg podania gramatury dotyczył każdego dania oraz każdego produktu spożywczego. Jeżeli zamawiający oczekiwał takich właśnie informacji, winien był ten wymóg w taki sposób określić. Podkreślenia wymaga, że nie każde danie i nie każdy produkt spożywczy można jednoznacznie określić poprzez podanie gramatury. Świadomość tego mieli również inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu wskazując niekiedy ilość mililitrów czy wyłącznie sztuk. W tych przypadkach zamawiający akceptował tego typu dane, mimo że samej gramatury nie podano. Nie można się zatem zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, iż w ten sposób inni wykonawcy określali ilość zupy lub napojów. Każde z tych dań wchodzi w skład jadłospisu i zamawiający - prezentując takie stanowisko jak w przypadku oferty odwołującej - winien wymagać podania gramatury również i w tych przypadkach.

Odwołująca w swojej ofercie przewidziała serwowanie śniadań i kolacji w formie tzw. "bufetu szwedzkiego". Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie zakazał w s.i.w.z. tej metody podawania posiłków. Odwołująca podnosiła, że w tym przypadku nie można określić gramatury przewidzianej na jedno danie czy produkt spożywczy, gdyż każdy uczestnik zielonej szkoły może korzystać z tych posiłków bez ograniczeń. Pomimo braku legalnej definicji tego sformułowania, faktem jest, iż idea "bufetu szwedzkiego", zgodnie z ogólnie przyjętymi zwyczajami, polega na zapewnieniu uczestnikom imprezy takiej ilości pożywienia, jaką życzą oni sobie spożyć. Izba zwraca przy tym uwagę, że odwołująca do oferty dołączyła szczegółowy wykaz dań i produktów spożywczych, które miały znaleźć się w bufecie. Jeżeli zamawiający pomimo wszystko, miał jakiegokolwiek wątpliwości co do ilości posiłków, winien był zwrócić się do odwołującej o wyjaśnienie treści jej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015 r. sygn. 2784/14, na który powołał się zamawiający. Z wyroku tego wynika, że „[...]zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje, iż przy interpretowaniu postanowień SIWZ należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Jeśli interpretacja SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż z danego postanowienia SIWZ można wyprowadzić co najmniej dwa poprawne, zgodne z przepisami rozwiązania, to takie postanowienie SIWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców. W tym zakresie istotną rolę odgrywa również wykładania celowościowa oparta na zasadzie mówiącej, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia musi

być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, a przede wszystkim ma gwarantować złożenie ofert przez wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia[...]".

Zamawiający podnosił, iż jego decyzja wynikała m.in. z dotychczasowej współpracy z odwołującą, która rzekomo miała nie zapewniać uczestnikom zielonej szkoły minimalnej wymaganej ilości jedzenia w dotychczas organizowanych imprezach. Argumentacja ta nie była dla Izby przekonująca, ponieważ zamawiający po zakończeniu realizacji dotychczas zawieranych z odwołującą umów, wystawiał jej pozytywne referencje.

Z uwagi na fakt, iż Izba uwzględniła podstawowy zarzut odwołania, tj. zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującej, zarzuty ewentualne, tj. zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., Izba pozostawiła bez rozpoznania, jako bezprzedmiotowe dla niniejszej sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

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

.....