

WYROK

z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez **A. D.**

i M. G. - wspólników spółki cywilnej FHU D. i G.

s.c. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, JOL-MARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Vendí Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:

1.1. art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny ze względu na dobór i opis kryterium oceny ofert (tj. posiadanie licencji gotowego posiłku waga 40%), które stawiało w korzystniejszej pozycji jednego z wykonawców,

1.2. art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie i dobranie kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, premiujący jednego z potencjalnych wykonawców, a nie w sposób umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonywania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, tj. kryterium licencji gotowego posiłku,

1.3. art. 286 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia (projekt umowy) pomimo wniosku Odwołującego i uzasadnionych przyczyn,

1.4. art. 281 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie Specyfikacji Warunków Zamówienia wewnętrznie sprzecznej oraz sprzecznej z ogłoszeniem, co ujawniło się po złożeniu i otwarciu ofert i doprowadziło do niemożliwości prawidłowego skalkulowania oferty.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża A. D. i M. G. - wspólników spółki cywilnej FHU D. i G. s.c. i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez A. D. i M. G. - wspólników spółki cywilnej FHU D. i G. s.c. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od A. D. i M. G. - wspólników spółki cywilnej FHU D. i G. s.c. na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usługi dostarczania posiłków do Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „ustawa nPzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00006314.

W dniu 22 lutego 2021 r. A. D. i M. G. - wspólnicy spółki cywilnej FHU D. i G. s.c., dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

I. Art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, a to ze względu na: (i) dobór i opis kryterium oceny ofert (tj. posiadanie licencji gotowego posiłku waga 40%), które stawiały w korzystniejszej pozycji jednego z wykonawców, tj. poprzez zmianę kryteriów oceny ofert i wprowadzenie drugiego kryterium oraz wymóg posiadania licencji gotowego posiłku od 2019 r., a więc w sposób uniemożliwiający jej uzyskanie przed upływem terminu składania ofert, (ii) brak informacji i podjęcia środków w celu zachowania w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji po skorzystaniu przez Zamawiającego z doradztwa w trybie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, (iii) wskazanie w ogłoszeniu błędnego numeru rachunku do wniesienia wadium w formie pieniężnej oraz sprostowanie tego numeru rachunku dopiero na kilkanaście godzin przed upływem terminu do składania ofert, a więc wniesienie wadium do tego czasu w formie pieniężnej było niemożliwe;

II. art. 85 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak podjęcia przez Zamawiającego odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział w postępowaniu wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej co podmiot doradzający Zamawiającemu, Rekeep S.A., nie zakłóci konkurencji; w szczególności Zamawiający przekazał informacje o zastosowaniu trybu z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp dopiero w dniu 17 lutego 2021 r. odpowiadając na pytania Odwołującego, pomimo że zmiany SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert dokonał już w dniu 11 lutego 2021 r.; co więcej w zakresie wprowadzonego nowego kryterium oceny ofert w postaci posiadania licencji gotowego posiłku drugi wykonawca uzyskał w tym kryterium maksymalną liczbę punktów, podczas gdy Odwołujący uzyskał 0 punktów;

III. art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ustawy Pzp poprzez opisanie i dobranie kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, premiujący jednego z potencjalnych wykonawców, a nie w sposób umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonywania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, tj. kryterium licencji gotowego posiłku;

IV. art. 286 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zmiany SWZ (projektu umowy), pomimo wniosku Odwołującego złożonego w dniu 15 lutego 2021 r. i uzasadnionych przyczyn do tego;

V. art. 281 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie SWZ wewnętrznie sprzecznej oraz sprzecznej z ogłoszeniem, co ujawniło się dopiero po złożeniu i otwarciu ofert przez Wykonawców, a to ze względu na fakt, że w ogłoszeniu wskazano, że czas trwania umowy to 8 miesięcy, w formularzu ofertowym zaś uwzględniono 10 miesięcy. Niezgodność ta doprowadziła do niemożliwości prawidłowego skalkulowania oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum CATERMED S.A., Jol-Mark sp. z o.o., Vendi Ciening sp. z o.o. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp; odpowiednią zmianę SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez dodanie kryterium równoważnego do kryterium posiadania licencji gotowego posiłku w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, bowiem w dniu składania odwołania doszło do upływu terminu do składania ofert i otwarcia ofert, a więc wymienionych naruszeń prawdopodobnie nie da się już naprawić; w przypadku unieważnienia postępowania udzielenie Zamawiającemu wytycznych co do kolejnego postępowania w przedmiocie usługi dostarczania posiłków w zakresie doboru kryteriów oceny ofert w sposób nieograniczający konkurencji oraz instytucji ewentualnego doradztwa w trybie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający wprowadził do postępowania wskutek zapytania jednego z wykonawców (prawdopodobnie konsorcjum, którego liderem jest CATERMED S.A.) nowe kryterium oceny ofert - licencja gotowego posiłku, które uzyskało wagę aż 40%, pomimo że pierwotnie jedynym kryterium oceny ofert miała być cena. Zamawiający przygotował postępowanie i kryteria oceny ofert pod konkretnego Wykonawcę, a dodatkowo dopiero wskutek zapytania Odwołującego, ujawnił, że skorzystał z doradztwa Rekeep S.A. Nie można zatem stwierdzić, że Zamawiający dołożył należytej staranności, aby doradztwo to nie zakłóciło należytej konkurencji, wręcz przeciwnie do zakłócenia takiego doszło, skoro wykonawca, konsorcjum, którego lider CATERMED S.A. należy do tej samej grupy kapitałowej co Rekeep S.A., uzyskał maksymalną liczbę punktów w kryterium pozacenowym. Świadczyć to może o tym, że ww. kryterium zostało wprowadzone specjalnie w celu uprzywilejowania tego właśnie wykonawcy.

Zamawiający nie spełnił wymogów wynikających z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp w celu zapewnienia zachowania zasady konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców. Zamawiający ani nie poinformował w stosownym czasie wykonawców o tym, że korzystał z doradztwa, ani też nie wyznaczył odpowiedniego terminu na złożenie ofert, tzn. takiego terminu, aby wykonawcy mogli w ogóle podjąć działania w celu spełnienia dobranych kryteriów oceny ofert. W konsekwencji konsorcjum winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu.

Co do kryterium jakim było przedłożenie zaświadczeń licencji gotowego posiłku, nie było ono obiektywne i nie spełniało wymogów z art. 240 i 241 ustawy Pzp. Jest to bowiem kryterium, które tak samo jak wnioskowane przez Odwołującego kryterium doświadczenia w wykonywaniu podobnych usług, dotyczyć może wiarygodności wykonawcy. Tak opisanie kryterium oceny ofert, które wprowadził Zamawiający, jest wbrew jego zapatrywaniom wyrażonym w odpowiedzi na pytania, właśnie związane z przymiotem wykonawcy, tak jak i posiadanie doświadczenia i referencji. Zamawiający powinien wprowadzić inne, równoważne kryterium, które pozwalałoby zbadać kryterium jakości, bowiem do zbadania właśnie jakości świadczonej usługi zmierział Zamawiający poprzez wprowadzenie kryterium licencji gotowego posiłku. Gwarancją jakości jest właśnie posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie świadczenia podobnych usług. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Odwołujący od 8 lat świadczy usługi dostarczania posiłków do Zamawiającego i daje gwarancję należytej jakości świadczonej usługi właśnie ze względu na posiadane doświadczenie.

Odmowa Zamawiającego wprowadzenia zmian do SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert była nieuzasadniona i zmierzająca do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Nawet jeżeliby przyjąć, że kryterium takie mogło zostać wprowadzone, czemu Odwołujący przeczy, to jego opis i zawężenie do posiadania licencji wydanych co najmniej w 2019 r. zmierział do ograniczenia konkurencji i wykluczenia niektórych Wykonawców, w tym Odwołującego. W momencie

wprowadzenia tego kryterium nie było już bowiem możliwości uzyskania ani jednej licencji gotowego posiłku.

Co więcej, Zamawiający wprowadzając nowe kryterium oceny ofert, modyfikując SWZ w sposób istotny, przedłużył termin do składania ofert jedynie o 2 dni. Nawet jeżeli potencjalni wykonawcy chcieliby powziąć działania w celu uzyskania choćby jednej licencji gotowego posiłku, było to niemożliwe z uwagi na czas trwania procedury uzyskania licencji.

Dodatkowo, aż do 18 lutego 2021 r. do godz. 13:32 w ogłoszeniu figurował błędny numer rachunku bankowego do wniesienia wadium w formie pieniężnej. Przy próbie dokonania przelewu na wskazany rachunek, wyświetlała się informacja, że wskazany rachunek nie istnieje. Odwołujący skierował prośbę do Zamawiającego o podanie prawidłowego nr rachunku oraz do przedłużenia terminu do składania ofert, skoro ten upływał 19 lutego 2021 r. o godz. 9:00. Dokonanie zwykłego przelewu było już niemożliwe, tak aby kwota wadium wpłynęła przed upływem terminu składania ofert. Mimo tego Zamawiający opublikował jedynie prawidłowy numer rachunku, nie przedłużając terminu do składania ofert.

Ponadto, ogłoszenie oraz SWZ w zakresie formularza ofertowego były ze sobą wewnętrznie sprzeczne. W ogłoszeniu przewidziano, że umowa ma zostać zawarta na 8 miesięcy, a formularz ofertowy przewidywał okres obowiązywania umowy na 10 miesięcy. Wykonawcy w momencie sporządzania oferty nie mogli dokonać prawidłowej kalkulacji ceny.

Do postępowania odwoławczego w dniu 26 lutego 2021 r. przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, JOL-MARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Vendi Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W dniu 23 marca 2021 r. również Przystępujący złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, względnie o odrzucenie w zakresie części zarzutów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie częściowo podlega odrzuceniu, a w pozostałym zakresie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, ofert wykonawców. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 marca 2021 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z: protokołu z negocjacji z FHU D. i G. s.c. z dnia 24 lutego 2021 r. wraz z wiadomością e-mail z prośbą o podpisanie protokołu, umowy nr 05/EZ/DN/21 z dnia 25 lutego 2021 r., pisma Odwołującego do Zamawiającego z dnia 26 lutego 2021 r. dotyczącego protokołu; przesłuchania świadka D. F.; przesłuchania strony M. G.; przesłuchania świadka M. E. P.; przesłuchania H. C. na okoliczność przeprowadzenia i niezakończenia negocjacji z Odwołującym w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przeprowadzenia, pomimo niezakończenia negocjacji z Odwołującym, negocjacji z Przystępującym, a w konsekwencji przeprowadzenie ukrytego „przetargu” lub „aukcji”, pomimo korzystania z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, także obejścia ustawowego zakazu zawierania umowy do czasu rozpoznania odwołania, a także faktu, że wolą Zamawiającego od początku było takie ukształtowanie postępowania, aby zamówienie zostało udzielone Przystępującemu. Izba uznała, że ww. dowody są powołane jedynie dla zwłoki i nie wnoszą nic do sprawy.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Przystępującego dowodów z kopii dokumentacji postępowań prowadzonych przez innych zamawiających. Izba uznała, że przeprowadzenie ww. dowodów spowodowałyby wyłącznie zwłokę w postępowaniu. Ponadto, sam fakt iż inne podmioty w sposób podobny formułowały warunki postępowania pozostaje bez znaczenia dla niniejszej sprawy, gdyż zostały przedstawione na dowód istnienia okoliczności, która nie są przedmiotem sporu.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba stwierdziła, że odwołanie częściowo podlega odrzuceniu, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 lutego 2021 r., gdzie wskazano, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena, a termin składania ofert upływa 17 lutego 2021 o godz. 9:00. Zamawiający zmieniał ogłoszenie o zamówieniu czterokrotnie, tj.:

- 11 lutego 2021 r., gdzie zmodyfikował kryteria oceny ofert, wprowadzając prócz kryterium ceny, kryterium pn. „posiadanie licencji gotowego posiłku” z wagą 40% oraz wydłużył termin składania ofert do 19 lutego 2021 r. godz. 10:15;
- 12 lutego 2021 r., gdzie dodał wymóg związany z wniesieniem wadium oraz zmienił termin składania ofert na 19 lutego 2021 r. godz. 9:00;
- 15 lutego 2021 r., gdzie zmienił wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz przedmiotowych środków dowodowych;
- 18 lutego 2021 r., gdzie zmienił numer rachunku bankowego, na który wykonawcy winni wnieść wadium w pieniądzu.

Izba ustaliła, że Zamawiający udzielał wyjaśnień do SWZ pięciokrotnie, tj.:

- 11 lutego 2021 r., gdzie zmodyfikował kryteria oceny ofert wprowadzając kryterium pn. „posiadanie licencji gotowego posiłku” z wagą 40%, dodał wymóg związany z wniesieniem wadium oraz zmodyfikował treść Formularza Ofertowego i wydłużył termin składania ofert do 19 lutego 2021 r. godz. 10:15;
- 12 lutego 2021 r., gdzie skorygował omyłkę pisarską w zakresie kryterium oceny ofert oraz zmienił Formularz Ofertowy;
- 15 lutego 2021 r. gdzie dodał wymóg w zakresie przedmiotowych środków dowodowych;
- 16 lutego 2021 r. gdzie nie wyraził zgody na zmianę kryterium pozacenowego;
- 18 lutego, gdzie zmienił postanowienia w zakresie numeru rachunku bankowego, na które wykonawcy winni wnieść wadium w pieniądzu.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutu naruszenia:

- art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny ze względu na dobór i opis kryterium oceny ofert (tj. posiadanie licencji gotowego posiłku),
- art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ustawy Pzp przez opisanie i dobranie kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, premiujący jednego z potencjalnych wykonawców, a nie w sposób umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonywania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach,
- art. 286 ust. 1 ustawy Pzp przez brak zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia, pomimo wniosku Odwołującego i uzasadnionych przyczyn,
- art. 281 ust. 1 ustawy Pzp przez sporządzenie Specyfikacji Warunków Zamówienia wewnętrznie sprzecznej oraz sprzecznej z ogłoszeniem, co ujawniło się po złożeniu i otwarciu ofert i doprowadziło do niemożliwości prawidłowego skalkulowania oferty.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z treści odwołania wynika, że Odwołujący skierował odwołanie m.in. wobec postanowień dotyczących kryterium oceny ofert pn. posiadanie licencji gotowego posiłku, braku zmiany ww. kryterium pomimo wniosku Odwołującego oraz wobec sporządzenia wewnętrznie sprzecznej SWZ.

Odnosząc się do kryterium oceny ofert Izba wskazuje, że kryterium pozacenowe zostało dodane 11 lutego 2021 r. poprzez publikację ogłoszenia o zmianie oraz wyjaśnień na stronie internetowej Zamawiającego, a następnie skorygowane wyjaśnieniami Zamawiającego 12 lutego 2021 r. Zatem termin do jego zaskarżenia upłynął 17 lutego 2021 r., stąd odwołanie podlega odrzuceniu w tym zakresie.

W odniesieniu do sprzeczności SWZ, Izba wskazuje, że Formularz ofertowy został opublikowany wraz z SWZ 9 lutego 2021 r., a ostateczna wiążąca wersja została opublikowana w wyjaśnieniach 12 lutego 2021 r. Zatem również w tym przypadku termin do zaskarżenia jego treści upłynął 17 lutego 2021 r., stąd odwołanie podlega odrzuceniu w tym zakresie.

Jeżeli zaś chodzi o zarzut zaniechania zmiany kryterium pozacenowego, pomimo wniosku Odwołującego z 15 lutego 2021 r. to analiza treści zarzutu, a także argumentacji podniesionej w celu wykazania zasadności stawianego zarzutu wskazują, że Odwołujący w rzeczywistości kwestionuje postanowienia dotyczące zmienionego kryterium pozacenowego, przy czym sam w pytaniu nr 4 wskazuje, że dotyczy ono zmiany kryterium dokonanej 11 i 12 lutego 2021 r.

Nie ulega wątpliwości, że w treści modyfikacji dokonanej 11 i 12 lutego 2021 r. Zamawiający przewidział postanowienia, których udzielone wyjaśnienia z 16 lutego 2021 r., nie zmieniły. W powyższym zakresie pytanie wykonawcy w istocie stanowiło wniosek o zmianę zmodyfikowanego kryterium pozacenowego. Odwołujący opiera postawiony zarzut o dokonane przez Zamawiającego wyjaśnienia SIWZ, dotyczące odpowiedzi na pytanie nr 4. Sam fakt wnioskowania przez Odwołującego o zmianę SIWZ w określonym kierunku i zakresie oznacza, że w tej mierze Odwołujący nie pozostawał w niewiedzy co do treści i znaczenia postanowień będących przedmiotem zapytań, ale przeciwnie - że zinterpretował modyfikację kryterium w sposób niekorzystny dla siebie, czego konsekwencją jest wniosek o jej zmianę.

Analiza treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego 16 lutego 2021 r. nie wskazuje na to, aby Zamawiający ich dokonując, a w istocie odmawiając zmiany postanowień w sposób proponowany przez wykonawcę, wprowadził nowe, nieistniejące wcześniej elementy, dotyczące kryterium oceny ofert. Skoro Odwołujący już w oparciu o modyfikację kryterium dokonaną 11 i 12 lutego 2021 r. znał wymagania Zamawiającego, mógł w terminach wynikających z art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych składać środki ochrony prawnej wobec treści zmiany SWZ.

Zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień, które nie odpowiadały Odwołującemu, Odwołujący zdecydował się 15 lutego 2021 r. na wystąpienie o zmianę postanowień. Wskazanie w tych wyjaśnieniach, że Zamawiający nie zmienia w postulowany sposób odpowiednich postanowień, nie wprowadza żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby reaktywowanie pięciodniowego terminu do kwestionowania postanowień, które znane były od dnia publikacji modyfikacji na stronie internetowej 11 i 12 lutego 2021 r. Co więcej, już samo pytanie wyraźnie wskazuje, że na dzień jego zadania, pytającemu znane były postanowienia, które obecnie są kwestionowane i których wyartykułowania Odwołujący upatruje w wyjaśnieniach treści SWZ. Nie jest zatem tak, że dopiero po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania, Odwołujący mógł stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ukształtował kryteria pozacenowe.

Zamawiający zmodyfikował kryteria oceny ofert 11 i 12 lutego 2021 r. Termin na wniesienie odwołania wobec dokonanej zmiany upłynął zatem 17 lutego 2021 r. Tymczasem Odwołujący wniósł odwołanie dopiero 22 lutego 2021 r. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej. Równocześnie instytucji wyjaśniania treści SWZ nie można wykorzystywać w celu wydłużenia terminu na wniesienie odwołania.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów

podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałej części nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, ze względu na wskazanie w ogłoszeniu błędnego numeru rachunku do wniesienia wadium w formie pieniężnej oraz sprostowanie tego numeru rachunku dopiero na kilkanaście godzin przed upływem terminu do składania ofert. Odwołujący podnosił, że wniesienie wadium do tego czasu w formie pieniężnej było niemożliwe, a Zamawiający dopiero na niespełna jeden dzień przed terminem składania ofert podał prawidłowy numer rachunku, nie przedłużając terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy Pzp wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) gwarancjach bankowych; 3) gwarancjach ubezpieczeniowych; 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572). Stosownie do ust. 8 wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 11 lutego 2021 r. wprowadził wymagania dotyczące obowiązku wniesienia wadium w wysokości 30.000 zł oraz podał numer rachunku bankowego, na który należy wnieść wadium wnoszone w pieniądzu. Jednocześnie zmienił termin składania ofert na 19 lutego 2021 r. do godziny 9:00. Następnie 18 lutego 2021 r. dokonał korekty numeru rachunku bankowego przeznaczonego do wniesienia wadium, nie przedłużając terminu składania ofert. Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, wnieśli wadium w wymaganej wysokości oraz przed upływem terminu składania ofert.

Izba wskazuje, że wykonawcy mają możliwość wniesienia wadium w formie, która jest dla nich z różnych względów najkorzystniejsza. Wybór określonej formy wniesienia wadium, w świetle przepisów ustawy Pzp, stanowi samodzielną decyzję wykonawcy. Jeżeli chodzi o formę pieniężną to istnieją możliwości zlecenia przelewów błyskawicznych, które trafiają do adresata przelewu tego samego dnia roboczego. Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, żaden przepis ustawy Pzp nie zabraniał Odwołującemu wniesienia wadium w innej formie prawem przewidzianej, ani też nie wymagał oczekiwania do przedostatniego dnia przed upływem terminu składania ofert z zapłatą wadium.

Odwołujący ostatecznie wpłacił wadium w pieniądzu przed terminem składania ofert, podobnie uczynił Przystępujący. Zatem nie sposób twierdzić, że doszło do naruszenia art. 16 ustawy Pzp, który zresztą nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania. Zasady prowadzenia postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ulegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do określonych uprawnień i obowiązków zamawiającego. Jeśli czynność lub zaniechanie zamawiającego dotyczy konkretnych przepisów to Odwołujący winien skonstruować zarzut poprzez wskazanie zasady i konkretnego przepisu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 oraz art. 85 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak informacji i podjęcia odpowiednich środków w celu zachowania w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i zagwarantowania, że udział w postępowaniu wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej co podmiot doradzający Zamawiającemu nie zakłóci konkurencji.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Izba ustaliła, że Zamawiający w wyjaśnieniach do SWZ z 16 lutego 2021 r. poinformował wykonawców, że na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. informuje że wykonawca Rekeep Polska S.A., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź doradzał zamawiającemu w zakresie opisu sposobu wykonywania usługi dostarczania posiłków. Sugestie te zostały uwzględnione przez zamawiającego w zakresie logistyki transportu posiłków w budynku Szpitala. Zamawiający podjął środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji poprzez uwzględnienie w wym. sugestii w opisie przedmiotu zamówienia. Zapisy te w żadnym razie nie zakłócają konkurencji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Równocześnie w protokole postępowania wskazano w sposób tożsamy, że wykonawca Rekeep Polska S.A., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź doradzał zamawiającemu w zakresie opisu sposobu wykonywania usługi dostarczania posiłków. Sugestie te zostały uwzględnione przez zamawiającego w zakresie logistyki transportu posiłków w budynku Szpitala. Zamawiający podjął środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji poprzez uwzględnienie w wym. sugestii w opisie przedmiotu zamówienia. Zapisy te w żadnym razie nie zakłócają konkurencji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.

Z dokumentacji postępowania wynika zatem, że doradztwo nie dotyczyło, jak twierdzi Odwołujący, kryteriów oceny ofert, lecz opisu przedmiotu zamówienia, co ujawnił Zamawiający w informacji z 16 lutego 2021 r. Informacja ta znalazła się również w protokole postępowania. Fakt uprzedniego doradztwa przez Rekeep Polska S.A. nie miał zatem takiego przełożenia na wynik postępowania, jaki sugeruje Odwołujący, gdyż nie był związany z kryteriami oceny ofert, a jedynie w tymże zakresie był podnoszony przez Odwołującego.

W konsekwencji Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, a podlegających rozpoznaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku

na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:
.....
.....