Sygn. akt: KIO 1429/21

WYROK
z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **JOL-MARK Sp. z o.o.**
z siedzibą w Gliwicach oraz **CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi**w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie**
przy udziale wykonawcy **R.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „OL – MARO" R.L.**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1429/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy R.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „OL – MARO" R.L. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp douzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **JOL-MARK**
Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz **CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Rypinie**na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą**
w Gliwicach oraz **CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi**kwotę 11 181 zł 38 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późń. 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: ……..

Sygn. akt: KIO 1429/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne
n a *świadczenie usług żywienia na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Rypinie*(znak postępowania: ZP/4/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00029789/01.

W dniu 11 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi [dalej „Odwołujący"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 359 pkt 2 i art. 266 ustawy Pzp *przez odrzucenie oferty Odwołujących z uwagi na:*
1) złożenie przez Odwołujących na wezwanie Zamawiającego decyzji o zatwierdzeniu kuchni centralnej zlokalizowanej przy ul. Medycznej 19 w Płocku do prowadzenia działalności gastronomicznej, skierowanej do Vendi Servis sp. z o.o., pomimo że w tym samym piśmie Odwołujący przedstawili zaświadczenie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku, z którego wynika, że w rejestrze zakładów żywienia dokonano zmiany podmiotu prowadzącego ten zakład z Vendi Servis sp. z o.o. na JOL-MARK sp. z o.o., czyli jednego
z Odwołujących, na skutek czego Odwołujący przedstawili prawidłowy podmiotowy środek dowodowy,
2) rzekome wyłączenie z użytkowania kuchni centralnej zlokalizowanej przy ul. Medycznej 19 w Płocku, czemu Odwołujący zaprzeczyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego
i przedstawili stosowne środki dowodowe, wskazując, że przeprowadzany remont kuchni nie spowodował jej wyłączenia z użytkowania,
3) wskazanie przez Odwołujących w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że posiada stosowne podmiotowe środki dowodowe także w stosunku do jeszcze dwóch innych kuchni, co Zamawiający błędnie zinterpretował jako zmianę oferty
w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 187 ustawy Pzp,
2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz w zw. z art. 359 pkt 2 i art. 266 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO" R.L. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedstawione przez niego referencje, wystawione przez Zamawiającego oraz przez Zespół Opieki Zdrowotnej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Brodnicy utraciły ważność;
3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 i art. 359 pkt 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO" R.L., pomimo że oferta ta została w nieprawidłowy sposób zbadana, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:
1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołujących;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL- MARO" R.L. jako oferty najkorzystniejszej;
3. wezwanie wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO" R.L. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zaś w razie nieuczynienia zadość wezwaniu - odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO" R.L.;
4. dokonanie ponownie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnośnie zarzutu wskazanego w punkcie 1. odwołania Odwołujący podał, że pismem z dnia 23 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołujących do wyjaśnień
w zakresie złożonego wraz z ofertą protokołu kontroli sanitarnej, Nr HŻN - 05/78/19, przeprowadzonej przez Powiatowy Inspektorat Sanitarny w Płocku z dnia 04.07.2019 r., które dotyczy Vendi Servis sp. z o.o., prowadzącej swoją działalność w kuchni Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku przy ul. Medycznej 19, gdzie Vendi Servis sp. z o.o. nie bierze udziału w przedmiotowym postępowaniu. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący wskazali, że wraz z ofertą zostało załączone zaświadczenie z dnia
14 sierpnia 2019 r., z którego wynika, że w rejestrze zakładów żywienia dokonano zmiany podmiotu prowadzącego wyżej wskazaną kuchnię - z Vendi Servis sp. z o.o. na JOL-MARK sp. z o.o., czyli na jednego z Odwołujących. W konsekwencji, niezrozumiałe są wywody Zamawiającego, zawarte w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, iż Odwołujący wskazali w ofercie w deklaracji o kuchni, w której będą przygotowywane posiłki dla pacjentów szpitala Zamawiającego, kuchnię będącą w dyspozycji podmiotu, który nie bierze udziału w postępowaniu. Wskazanym wyżej pismem Zamawiający wezwał Odwołujących do wyjaśnień także w związku z tym, iż z otrzymanej przez niego informacji od Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego (dalej jako „PPIS") w Płocku rzekomo wynika, iż kuchnia wskazana w ofercie Odwołujących jest wyłączona z użytkowania z uwagi na trwający w niej remont.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący wskazali, iż kuchnia centralna
w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Płocku na ul. Medycznej 19 posiada aktualną decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku; decyzja ta nie została cofnięta i trwający w kuchni remont nie przeszkadza w wykonywaniu w tym samym czasie usługi przygotowywania w tym miejscu posiłków.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 61 ustawy o bezpieczeństwie żywności
i żywienia i stwierdził, że w PPIS jest organem upoważnionym nie tylko do zatwierdzania zakładów żywienia, lecz także do zawieszania i cofania zatwierdzeń takich zakładów, o czym traktuje także art. 66 tej ustawy. Obecnie obowiązującym przepisem, przewidującym przesłanki takiego działania organu, jest art. 138 ust. 2 lit. j) rozporządzenia w sprawie kontroli urzędowych (tj. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2017/625
z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie kontroli urzędowych i innych czynności urzędowych przeprowadzanych w celu zapewnienia stosowania prawa żywnościowego i paszowego oraz zasad dotyczących zdrowia i dobrostanu zwierząt, zdrowia roślin i środków ochrony roślin, zmieniające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 999/2001, (WE) nr 396/2005, (WE) nr 1069/2009, (WE) nr 1107/2009, (UE) nr 1151/2012, (UE) nr 652/2014, (UE) 2016/429 i (UE) 2016/2031, rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2005 i (WE) nr 1099/2009 oraz dyrektywy Rady 98/58/WE, 1999/ 74/WE, 2007/43/WE, 2008/119/WE i 2008/120/WE, oraz uchylające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 854/2004 i (WE) nr 882/2004, dyrektywy Rady 89/608/EWG, 89/662/ EWG, 90/425/EWG, 91/496/EWG 96/23/WE, 96/93/WE i 97/78/WE oraz decyzję Rady 92/438/EWG). W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że ww przepisy przewidują sformalizowaną procedurę zawieszenia lub wycofania zatwierdzenia zakładu żywienia w przypadku stwierdzenia niezgodności jego funkcjonowania z prawem żywnościowym. Skoro do dnia składania ofert nie wiadomo nic o tym, jakoby taka procedura miała być wszczęta, należy dojść do wniosku, że na prawdzie polegają twierdzenia Odwołujących, iż wskazany przez nich zakład żywienia jest zakładem funkcjonującym, a nie wyłączonym z użytkowania. Aktualna jest zatem także decyzja z dnia 25 czerwca 2012 r., zatwierdzająca ten zakład żywienia, dołączona do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Nadto, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedstawili podmiotowe środki dowodowe dotyczące także dwóch innych posiadanych zakładów żywienia: kuchni przy ul. Kobylińskiego 14 w Płocku oraz przy ul. Poniatowskiego 26
w Siedlcach. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że takie działanie jest niedopuszczalne, gdyż stanowi o zmianie oferty bądź o negocjacjach złożonej oferty. Z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim, Zamawiający powołuje się w tym zakresie na treść przepisu art. 187 ustawy Pzp, który nie znajduje zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówień klasycznych o wartości poniżej progów unijnych, o czym jasno stanowi art. 266 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający błędnie interpretuje treść art. 233 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, że oświadczenie Odwołujących, zawarte w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wskazujące także dwie inne kuchnie, w których prowadzi działalność, zostało przedłożone wraz ze stosownymi środkami dowodowymi w wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ, w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Odwołujący wskazał, iż w świetle postanowień rozdziału VII ust. 2 pkt 2 lit. a), b), c) i d) SWZ wykonawca miał wylegitymować się dysponowaniem zatwierdzonym zakładem żywienia, co najmniej jednym, celem wykazania spełnienia warunków udziału
w postępowaniu. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy zaś merytorycznej treści oferty, tj. aspektów przedmiotowych, a nie właściwości wykonawcy, tj. aspektów podmiotowych. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w doktrynie. Na powyższe wskazuje także wykładnia systemowa. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp znajduje się w rozdziale 5 działu II Pzp o nazwie „Ocena ofert", zaś art. 128 ust. 4 ustawy Pzp znajduje się w oddziale 4

rozdziału 2 działu II Pzp, o nazwie „Podmiotowe środki dowodowe". Równie nietrafna jest argumentacja, że wskazanie przedmiotowych kuchni miałoby stanowić negocjacje treści złożonej oferty. Negocjacje stanowią bowiem wymianę oświadczeń woli obu stron (art. 72 Kodeksu cywilnego), których w tym wypadku nie było, gdyż Zamawiający nie pertraktował
z Odwołującymi co do treści złożonej oferty.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. odwołania Odwołujący wskazał, iż wykonawca Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO" R.L., na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przedstawiła następujące referencje:
1. referencje wystawione przez Zespół Opieki Zdrowotnej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Brodnicy w dniu 20 sierpnia 2020 r., dotyczące usługi wykonywanej
w okresie od 1 lutego 2019 r. do 31 stycznia 2021 r.,
2. referencje wystawione przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej sp. z o.o. w dniu 20 marca 2019 r., dotyczące usługi wykonywanej w okresie od 13 marca 2018 r. do 12 marca 2019 r.,
3. referencje wystawione przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2021 r., dotyczące usługi wykonywanej w okresie od 1 marca 2019 r., aktualnie wykonywanej.

Odwołujący wskazał, iż referencje wystawione przez Szpital w Brodnicy i przez Zamawiającego utraciły swoją ważność, określoną w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Odwołujący zauważył, że: 1) referencje zostały wystawione przez Szpital
w Brodnicy w dniu 20 sierpnia 2020 r., zaś usługa, którą dokumentują, była wykonywana do 31 stycznia 2021 r., co oznacza, że w czasie wystawiania tych referencji była usługą nadal wykonywaną. Taki dokument, zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem, jest ważny jedynie przez 3 miesiące; 2) referencje zostały wystawione przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2021 r., zaś usługa, którą dokumentują, jest aktualnie wykonywana. Taki dokument, zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem, powinien być wystawiony w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, co oznacza, że utracił on ważność 4 kwietnia 2021 r. (termin składania ofert upłynął zaś 16 kwietnia 2021 r.).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem VII SWZ, pkt 4 punktor pierwszy wykonawca powinien przedstawić co najmniej 2 referencje. Wykonawca Firma Usługowo-Handlowa „OL- MARO" R.L. nie wykazał zatem spełnienia warunków udziału
w postępowaniu.

Odwołujący przywołał następnie art. 128 ustawy Pzp i stwierdził, że jeżeli wykonawca nie przedstawi prawidłowych referencji na wezwanie Zamawiającego, następuje sankcja przewidziana w art. 226 ust. 2 lit. b) ustawy Pzp, czyli odrzucenie oferty.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 3. odwołania Odwołujący podniósł, iż zarzut związany jest z zarzutem nr 2. Skoro bowiem oferta wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO" R.L. nie została prawidłowo zbadana wykazano, że wykonawca ten nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca ten podlegał wezwaniu do usunięcia braków podmiotowych środków dowodowych, więc nieprawidłowa
w tym kontekście jest czynność wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 czerwca 2021 r. wniósł
o oddalenie odwołania w całości.

Odnośnie zarzutu 1-ego Zamawiający wskazał na postanowienia rozdziału VII ust. 2 pkt 2 lit. a, b, c i d SWZ, treść wezwania skierowanego do Odwołującego w trybie art. 274 ust. 2 ustawy Pzp oraz wyjaśnienia wykonawcy złożone pismem z dnia 23 kwietnia 2021 r. Uzasadniał, że wobec wątpliwości co do rzetelności złożonych podmiotowych środków dowodowych zwrócił się w trybie art. 128 ust. 5 w zw. z art. 266 ustawy Pzp bezpośrednio do Państwowego Powiatowego Inspektoratu Sanitarnego w Płocku o informacje dotyczące przedmiotowej lokalizacji kuchni wskazanej przez Odwołującego w ofercie przy ul. Medycznej 19 w Płocku. Z uzyskanych od Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego informacji wynika, iż kuchnia w lokalizacji podanej w ofercie jest wyłączona
z użytkowania z uwagi na trwający remont od lutego 2021 r. a tym samym nie ma i w chwili składania oferty przez Odwołującego nie było fizycznych możliwości wykonywania w niej jakichkolwiek posiłków. Zamawiający w celu weryfikacji oświadczenia Odwołującego
o możliwości wykonywania posiłków dla pacjentów w kuchni wskazanej w ofercie mimo trwającego remontu, z uwagi na wagę dla niego przedmiotowego przetargu, który ma zapewnić prawidłowe żywienie chorych pacjentów szpitala, przeprowadził we własnym zakresie oględziny lokalizacji kuchni wskazanej w ofercie przez Odwołującego, które potwierdziły pismo Powiatowego Inspektoratu Sanitarnego, że w tym miejscu kuchnia
w ogóle nie funkcjonuje, lecz trwają tam od dłuższego czasu roboty budowlane
a Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23.04.2021 r. celowo mijał się z prawdą co do możliwości przygotowywania tam jakichkolwiek posiłków mimo trwającego remontu.

Zamawiający wskazał, iż w świetle powyższego nie może ulegać wątpliwości, iż Odwołujący w ofercie dla wykazania uprawnień podał lokalizację kuchni przy ul. Medycznej 19 w Płocku, w której nie ma możliwości świadczenia jakichkolwiek usług żywienia objętych przedmiotowym przetargiem a tym samym nie wykazał uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług żywienia
w przedmiotowym przetargu. Zamawiający wymagał przedłożenia aktualnej decyzji PPIS wydanej zgodnie z art. 61 i 62 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia z dnia 25 sierpnia 2006 r. o zatwierdzeniu przez właściwego miejscowo pod względem lokalizacji zakładu przygotowującego posiłki PPIS potwierdzającej, że obiekt spełnia wymagania konieczne do zapewnienia higieny w procesie produkcji i w obrocie środkami spożywczymi
i do zapewnienia właściwego przechowywania artykułów spożywczych oraz dokumentów PPIS wykazujących wdrożenie w kuchni i stosowanie w niej zasad systemu HACCP a więc wykazujących wykonywanie w tych warunkach przygotowywania posiłków dla pacjentów szpitala w przyszłości - w okresie wykonywania umowy a nie w przeszłości. Dokumenty te nie zostały przez Odwołującego przedłożone. Aktualne decyzje PPS to te, które wykazują spełnianie uprawnień dla danej kuchni do świadczeń usług żywienia w chwili ich przedkładania Zamawiającemu i na przyszłość a nie te, które wprawdzie pod względem prawnym nie zostały usunięte z obrotu, lecz nie wykazują już żadnych zdolności kuchni do świadczenia usług żywienia z uwagi na de facto brak istnienia kuchni w wyniku jej generalnego remontu budowlanego i jej rozebrania. Na powyższe rozumienie tego pojęcia wskazuje wprost art. 274 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniał, że Odwołujący nie przedłożył tym samym aktualnej decyzji PPIS w Płocku i dokumentu

wykazującego stosowanie systemu HACCP w kuchni wskazanej w ofercie mimo obowiązku określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 1 lit. a) i b) SWZ, gdyż przedłożone przez niego dokumenty PPIS nie byty aktualne. Było to i nadal jest fizycznie niemożliwe z uwagi na de facto zlikwidowanie kuchni przy ul. Medycznej 19 w Płocku od lutego 2021 r. na czas remontu budowlanego budynku. Odwołujący się nie spełnia więc przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu a odrzucenie jego oferty na podstawie
art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp było w pełni zasadne.

Zamawiający wskazał, iż za bezzasadny należy także uznać zarzut braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na złożenie przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego decyzji o zatwierdzeniu kuchni centralnej zlokalizowanej przy ul. Medycznej 19 w Płocku do prowadzenia działalności gastronomicznej, skierowanej do Vendi Servis sp. z o.o., pomimo że w tym samym piśmie Odwołujący przedstawił zaświadczenie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku, z którego wynika, że w rejestrze zakładów żywienia dokonano zmiany podmiotu prowadzącego ten zakład z Vendi Serwis sp. z o.o. na JOL-MARK sp. z o.o. czyli jednego z Odwołujących. Przedłożone przez Odwołującego
w załączeniu do jego pisma z dnia 23.04.2021 r. zaświadczenie PPIS w Płocku z dnia
14 sierpnia 2019 r. wykazuje zmianę lidera prowadzącego kuchnię przy ul. Medycznej
19 w Płocku na Jol-Mark sp. z o.o. w Gliwicach, lecz w zakresie działalności „produkcja dań od surowca do gotowej potrawy dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Płocku". Przedmiotowy przetarg nie dotyczy produkcji dań dla pacjentów szpitala
w Płocku. Przejście uprawnień w zakresie działalności produkcji żywienia dla pacjentów innych jednostek poza szpitalem w Płocku nie zostało wykazane.

Zdaniem Zamawiającego bezzasadny jest także zarzut odnoszący się do przedłożenia przez niego w piśmie z dnia 23.04.2021 r. nowego załącznika nr 9 do oferty Odwołującego (wypełnionego załącznika nr 11 do SWZ) o zmienionej treści w stosunku do pierwotnie złożonej oferty i ujęcia w nim nowych lokalizacji kuchni w Płocku i Siedlcach. Zmienianie oferty już po terminach składania i otwarcia ofert o nowe lokalizacje kuchni jest
w ocenie Zamawiającego niedopuszczalne i nie mogło zostać uwzględnione przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień i przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 2 ustawy Pzp może dotyczyć
i dotyczyło tylko tych lokalizacji kuchni, które zostały wskazane przez wykonawcę w ofercie, w terminie składania ofert i niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji byłoby dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający pozwala wykonawcy na podawanie dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nowych lokalizacji kuchni, nie objętych ofertą, podawanych po terminie składania i otwarcia ofert, po tym gdy wyszło na jaw, iż Odwołujący podał nieprawdę co do możliwości wykonywania usług żywienia w kuchni
w lokalizacji kuchni podanej pierwotnie w ofercie przy ul. Medycznej 19 w Płocku. Wskazał, iż Odwołujący i tak nie wykazał w drodze dokumentów załączonych do pisma z dnia 23.04.2021 r. - odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - spełniania warunków udziału
w postępowaniu określonych w rozdziale VII SWZ przez nowe lokalizacje kuchni w Płocku
i Siedlcach. Co do lokalizacji w Siedlcach brak jest załączonej zgody wynajmującego kuchnię na jej podnajem na cele realizacji usług na rzecz Zamawiającego. Zgodnie
z rozdziałem VII ust. 2 pkt 2 lit. d) SWZ Zamawiający wymagał przedłożenia umowy najmu kuchni. Umowa najmu Odwołującego na lokalizację kuchni w Siedlcach z dnia 20.09.2019 r. została zawarta w celu zapewnienia kompleksowego żywienia pacjentów Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Siedlcach sp. z o.o. (§ 1 umowy). Umowa najmu została zawarta tylko na okres realizacji umowy na żywienie pacjentów Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego i wygasa wraz z wygaśnięciem umowy na żywienie (§ 9 umowy najmu). Zgodnie z § 6 umowy najemca nie może oddać przedmiotu najmu w podnajem lub do bezpłatnego używania osobom trzecim, nie może również prowadzić w wynajmowanych pomieszczeniach innej działalności niż działalność związana ze świadczeniem usług - Zapewnienie kompleksowej usługi Żywienia pacjentów Mazowieckiego Szpitala Zespolonego im. Jana Pawła II w Siedlcach sp. z o.o. w lokalizacji Siedlce, ul. Poniatowskiego 26, Rudka Aleja Teodora Dunina 1, o ile nie uzyska wcześniej pisemne/ zgody Wynajmującego na dokonanie takiej czynności. Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu żadnej pisemnej zgody na świadczenie usług żywienia dla Zamawiającego w kuchni w Siedlcach, nie wykazał więc uprawnienia do korzystania z niej na cele przedmiotowego przetargu i nie przedłożył tym samym wymaganej zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 2 lit. d) SWZ umowy najmu uprawniającej go do korzystania z kuchni w Siedlcach dla wykonywania usług żywienia na rzecz Zamawiającego. Tajemnicą Odwołującego pozostaje ponadto w jaki sposób zamierzał on transportować codziennie ciepłe posiłki z Siedlec do Rypina (250 km) w taki sposób, aby nie utraciły one swoich właściwości.

Podobnie w wypadku drugiej lokalizacji kuchni w Płocku przy ul. Kobylińskiego 14 Odwołujący nie przedłożył wymaganego w rozdziale Vll ust. 2 pkt 2 lit. b) SWZ jednego
z wymienionych tam dokumentów wykazujących wdrożenie i stosowanie w zakładzie w tej lokalizacji systemu HACCP, tj. zaświadczenia PPIS, protokołu kontroli sanitarnej lub certyfikatu/zaświadczenia/deklaracji poświadczającej wdrożenie HACCP wystawionego przez niezależną jednostkę uprawnioną do kontroli jakości w zakresie zgodności działalności wykonawcy z normą ISO 22000 lub równoważnej. Przedłożona decyzja z dnia 4.02.2021 r. PPIS o zatwierdzeniu kuchni wypełnia jedynie wymóg określony w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 lit. a) SWZ. Odwołujący nie przedłożył także umowy najmu kuchni w w/w lokalizacji na cały okres trwania umowy z Zamawiającym, do czego był obowiązany zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 2 lit. d) SWZ. Przedłożona umowa podnajmu lokalu użytkowego z dnia 2.11.2019 r. została zawarta na okres 18 miesięcy, tj. do dnia 30.04.2021 r. Tymczasem umowa
z Zamawiającym ma zostać zawarta na okres 12 miesięcy licząc od dnia jej podpisania, comiało nastąpić już w maju 2021 r., co jasno wynika z §10 wzoru umowy - załącznika nr 8 do SWZ oraz terminu związania ofertą, który upływał w maju 2021 r.

Wbrew zarzutom Odwołującego nie wykazał on, że przeprowadzany remont kuchni przy ul. Medycznej 19 w Płocku nie spowodował jej wyłączenia z użytkowania w drodze żadnych środków dowodowych. Pisma PPIS w Płocku z dnia 29.04.2021 r. i 22.04.2021 r.
i załączone zdjęcia stanu w/w kuchni oraz zgłoszony dowód z zeznań świadka, który widział stan kuchni wykazują natomiast niezbicie, że kuchnia ta od lutego 2021 r. nie funkcjonuje
i nie ma i nie będzie w najbliższej przyszłości możliwości wykonywania tam jakichkolwiek posiłków. Sam fakt, iż Odwołujący zawarł w styczniu 2021 r. umowę podnajmu na kuchnię zastępczą w Płocku przy ul. Kobylińskiego także pośrednio potwierdza ten fakt.

W zakresie zarzutu 2-ego Zamawiający podniósł, że zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 4 SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia co najmniej dwóch referencji. Odwołujący nie kwestionuje referencji wystawionych przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej sp. z o.o. w Płocku. Sporne pozostają referencje wystawione przez SPZOZ
w Brodnicy oraz Zamawiającego. Tym samym ważność jednych z powyższych referencji skutkuje spełnieniem przez R.L. przedmiotowego warunku udziału
w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że referencje wystawione przez SPZOZ w Rypinie wbrew twierdzeniom Odwołującego zostały wystawione w terminie. Zamawiający przywołał
§ 9 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 1 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że
z § 9 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, iż terminy określone w § 9 ust. 1 pkt 2 w/w rozporządzenia liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Decydujące dla uznania czy zastosowanie ma 3-letni czy 3-miesięczny termin jest fakt czy na dzień upływu terminu składania ofert dane świadczenia powtarzające się lub ciągłe są nadal wykonywane. Termin składania ofert upływał w dniu 16 kwietnia 2021 r., tymczasem umowa R.L. na świadczenie usług żywienia z SPZOZ w Brodnicy, jak wynika
z przedłożonych przez niego referencji z dnia 20 marca 2019 r., wygasła z dniem 31 stycznia 2021 r. i na dzień składania oferty w niniejszym przetargu już nie obowiązywała. Tym samym na termin składania ofert 16 kwietnia 2021 r. nie były to świadczenia nadal wykonywane i nie stosuje się do nich 3-miesięcznego terminu przewidzianego dla świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych, lecz 3-letni termin wstecz od dnia składania ofert przewidziany dla świadczeń powtarzających się lub ciągłych już wykonanych. Tym samym referencje SPZOZ w Brodnicy wystawione w dniu 20 marca 2019 r. zostały wystawione
w terminie i są ważne, co skutkuje brakiem podstaw do wzywania przez Zamawiającego R.L. do ich złożenia, uzupełnienia czy poprawienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu 3-ego Zamawiający wskazał, iż wykazał w uzasadnieniu zarzutu 2-ego, iż R.L. wykazał dysponowanie dwoma ważnymi referencjami a taki wymóg wynika z SWZ. Tym samym wykazał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i brak było podstaw do wzywania do uzupełniania jego oferty. Tym samym wybór jego oferty jako najkorzystniejszej był w pełni uzasadniony zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący nie posiadał interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Zamawiający powyższe stanowisko uzasadniał tym, że oferta Odwołującego ma mniej korzystną cenę niż oferta drugiego wykonawcy, a jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Ponadto wskazał, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny i zachodzą przesłanki do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż okoliczności podniesione przez Zamawiającego pozostawały bez znaczenia w kontekście oceny posiadanego przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Po pierwsze, wskazać należy, iż okoliczność, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa niż zaoferowana przez Odwołującego nie oznacza, że wykonawca jest pozbawiony możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej w ramach, których kwestionuje m.in. błędną weryfikację podmiotową wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Nie można bowiem wykluczyć, iż wykonawca pierwotnie wybrany jako najkorzystniejszy nie odpowie na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia stosownych dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej, przez co jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Zamawiający w okolicznościach tej sprawy nie twierdził przy tym, iż nie będzie miał możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, do ceny zaoferowanej przez Odwołujących. Po drugie, stwierdzić należy, iż obowiązkiem zamawiającego jest przedstawienie wykonawcy wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających odrzucenie jego oferty. Tym samym ewentualne błędy czy uchybienia w ofercie Odwołujących, które nie zostały wykonawcy zakomunikowane w zawiadomieniu o wynikach postępowania z dnia 6 maja 2021 r. nie mogą przesądzać
o braku interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 12 maja 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę R.L.prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „OL-MARO" R.L. [dalej „OL – MARO" lub „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 14 maja 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołujących wraz z wyjaśnieniami, ofertę Przystępującego OL - MARO oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 maja 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 czerwca 2021 r.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron – na podstawie art. 541 ustawy nPzp - oddaliła wniosek Zamawiającego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, tj. p. E. K. na okoliczność trwającego w lokalizacji kuchni podanej w ofercie przez Odwołującego od lutego 2021 r. kapitalnego remontu, trwających wewnątrz budynku od dłuższego czasu robót budowlanych i braku jakichkolwiek możliwości wykonywania w tej lokalizacji usług przygotowania posiłków dla pacjentów

Szpitala, podania nieprawdy przez Odwołującego w ofercie i piśmie z dnia 23.04.2021 r. co do możliwości przygotowywania jakichkolwiek posiłków w przedmiotowej lokalizacji, braku aktualności decyzji PPIS przedłożonych przez Odwołującego odnoszących się do kuchni przy ul. Medycznej 19
w Płocku – uznając, iż ww. jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a przez to powołany jedynie dla zwłoki. Zgodnie z art. 541 ustawy Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Wskazać należy, iż przedmiotem zarzutu była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, a zatem ocenie Izby podlegało uzasadnienie prawne i faktyczne zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołujących. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w okolicznościach rozpoznawanej zgłoszony wniosek dowodowy nie miał znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy, zwłaszcza że dokonana przez Zamawiającego weryfikacja podmiotowa Odwołujących była niepełna w kontekście przedstawionych nowych lokalizacji kuchni.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 2 lit. a), b), c) i d) SWZ, warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada:
a) aktualną decyzję wydaną zgodnie z art. 61 i 62 ustawy o bezpieczeństwie żywności
i żywienia z dnia 25 sierpnia 2006 r. o zatwierdzeniu przez właściwego miejscowo (pod względem lokalizacji zakładu przygotowującego posiłki dla Zamawiającego) Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającą, że obiekt spełnia wymagania konieczne do zapewnienie higieny w procesie produkcji i w obrocie środkami spożywczymi oraz do zapewnienia właściwego przechowywania artykułów spożywczych. Decyzja PPIS ma zawierać zezwolenie na prowadzenie żywienia zbiorowego i realizację usługi w systemie cateringowym,
b) wdrożył w zakładzie (w którym będzie przygotowywał posiłki dla Zamawiającego) oraz stosuje zasady systemu HACCP (podstawa prawna: art. 59 i 73 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia),
Na potwierdzenie powyższego warunku Zamawiający żądał załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego wdrożenie i stosowanie w zakładzie przygotowującego posiłki systemu HACCP, mianowicie:
- zaświadczenia właściwego miejscowo PPIS lub równoważne
- protokołu kontroli sanitarnej zawierającego pozytywną ocenę wdrożenia i stosowania
w zakładzie systemu HACCP lub równoważne
- certyfikatu/zaświadczenia/deklaracji poświadczającej wdrożenie HACCP wystawionego przez niezależną jednostkę uprawnioną do kontroli jakości w zakresie zgodności działalności wykonawcy z normą ISO 22000 lub równoważnej.
W celu wykazania spełniania warunku wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty stosowne dokumenty.
c) warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże dysponowaniem co najmniej jednym zakładem przygotowującym posiłki zatwierdzonym przez PPIS,
d) w przypadku wynajmowania/dzierżawienia kuchni od innego podmiotu, Zamawiający żądał dołączenia umowy na wynajem/dzierżawę kuchni z minimalnym okresem wynajmu/dzierżawy pokrywającym się z okresem trwania umowy na świadczenie usługi żywienia.
W celu wykazania spełniania ww. warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz zakładów (kuchni przygotowujących posiłki).

Termin składania ofert upłynął 16 kwietnia 2021 r. W postępowaniu złożono dwie oferty.

Odwołujący wraz z ofertą – na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu,
o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 lit. a), b), c) i d) SWZ – złożył:
1. protokół kontroli sanitarnej, Nr HŻN - 05/78/19, przeprowadzonej przez Powiatowy Inspektorat Sanitarny w Płocku z dnia 04.07.2019 r., który dotyczy Vendi Servis sp. z o.o., prowadzącej swoją działalność w kuchni Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku przy ul. Medycznej 19;
2. zaświadczenie PPIS w Płocku z dnia 14 sierpnia 2019 r., z którego wynika, że po rozpatrzeniu wniosku złożonego przez JOL-MARK Sp. z o.o. w rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów PPIS dokonano zmian w postaci zmiany lidera konsorcjum prowadzącego zakład: kuchnia cateringowa w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Płocku ul. Medyczna 19, 09 – 400 Płock, w zakresie działalności: produkcja dań od surowca do gotowej potrawy dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Płocku;
3. wykaz zakładów (kuchni) stanowiący załącznik nr 11 do SIWZ, w którym wskazano jako lokalizację zakładu: kuchnia ul. Medyczna 19, 09 – 400 Płock;
4. umowę najmu i dzierżawy nr 05/2020 zawartą w dniu 10 września 2020 r. między Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym w Płocku a Catermed S.A.

Wykonawca OL - MARO wraz z ofertą - na potwierdzenie spełniania warunku udziału
w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - przedstawił referencje wystawione przez:
1. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Brodnicy z dnia 20 sierpnia 2020 r. dotyczące usługi wykonywanej w okresie od 1 lutego 2019 r. do 31 stycznia 2021 r.;
2. Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej z dnia 20 marca 2019 r. dotyczące usługi wykonywanej
w okresie od 13 marca 2018 r. do 13 marca 2019 r.;
3. Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie z dnia 4 stycznia 2021 r. dotyczące usługi wykonywanej od 1 marca 2019 r. Z wykazu usług (załącznik nr 13 do SIWZ) wynika, iż przedmiotowa usługa była wykonywana w okresie od 01.03.2019 r. do 28.02.2021.
Pismem z dnia 20 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie
art. 274 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w związku
z pozyskaniem informacji w PPIS w Płocku o fakcie zamknięcia kuchni usytuowanej
w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Płocku przy ul. Medycznej 19. W związku
z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na lokal, w którym faktycznie będą przygotowywane posiłki, tj. decyzji
w zakresie opinii dotyczącej kuchni, w której będą przygotowywane posiłki wydanej przez PPIS oraz wymaganych dokumentów w zakresie HACCP. Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego protokołu kontroli sanitarnej, Nr HŻN - 05/78/19, przeprowadzonej przez Powiatowy Inspektorat Sanitarny
w Płocku z dnia 04.07.2019 r., który dotyczy zupełnie innego podmiotu (Vendi Servis

Sp. z o.o.).
Pismem z dnia 23 kwietnia 2021 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia oraz przedstawił dokumenty.

W dniu 6 maja 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy R.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „OL – MARO".

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, że wykonawcy w informacji o deklarowanym sposobie realizacji zamówienia wpisali kuchnię
w lokalizacji Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku, przy ul. Medycznej 19.
W związku z brakiem wymaganego dokumentu w złożonej ofercie, tj. decyzji PPIS właściwej dla lokalizacji kuchni, Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2021 r. wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. W międzyczasie w PPIS w Płocku Zamawiający dowiedział się, iż przywołana kuchnia, którą Odwołujący zadeklarowali jako kuchnię do realizacji zamówienia jest zamknięta ze względu na prowadzony w niej remont od początku lutego 2021 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiający otrzymał dokumenty, w tym m.in. decyzję 103/2012 wystawioną przez PPIS w Płocku, jednakże na firmę Vendi Servis – jako dzierżawcę kuchni, która nie jest stroną w postępowaniu. Oprócz wymaganej decyzji, wykonawca dostarczył informację o nowych kuchniach w nowych lokalizacjach, która jedna z nich miałaby być kuchnią zastępczą, tj. w Płocku przy ul. Kobylińskiego 14 oraz dodatkowo kuchnia w Siedlcach przy ul. Poniatowskiego 26. Zamawiający powołał się na art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 187 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że informacja o kuchni, w której miałyby być przygotowywane posiłki dla pacjentów szpitala stanowi treść oferty i należy ją zakwalifikować jako informację
o deklarowanym przez wykonawcę sposobie realizacji zamówienia, dlatego też, zmiana jej nie jest dopuszczalna na etapie składanych przez wykonawcę wyjaśnień. Komisja przetargowa uznała, że zmiana kuchni jest istotną zmianą ofert, która jest niedopuszczalna
i nie może być uwzględniona po terminie składania ofert. Wykonawca w ofercie przetargowej świadomie wskazał kuchnię zlokalizowaną w Płocku przy ulicy Medycznej 19, która wyłączona jest z użytkowania z uwagi na trwający remont.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 359 pkt 2
i art. 266 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołujących.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.
W myśl art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołujących dokonywana jest
w zakresie uzasadnienia faktycznego ww. czynności zawartego w piśmie z dnia 6 maja 2021 r. Zatem to w ww. piśmie podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołujących Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty. Tym samym dążenie przez Zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego ww. czynności, tj. odrzucenia oferty Odwołujących na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie jest działaniem spóźnionym i pozostającym bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. To na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.

Następnie Izba wskazuje, że czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym bardziej czynność ta powinna być kompleksowo uzasadniona, tak aby była ona weryfikowalna, nie tylko przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, ale przez każdy podmiot, który byłby zainteresowany prześledzeniem procesu decyzyjnego zamawiającego. Zamawiający powinien zatem w sposób jasny, przejrzysty i rzeczowy wyjaśnić i opisać przyczyny, które legły u podstaw decyzji
o odrzuceniu oferty danego wykonawcy.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż lektura uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujących potwierdziła, że czynność ta była obarczona wadami. Przede wszystkim podkreślić należy, iż Zamawiający nie zbadał
w sposób kompleksowy dokumentów złożonych przez Odwołujących celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 lit. a), b), c) i d) SWZ, a okoliczności faktyczne mające uzasadniać czynność odrzucenia oferty Odwołujących zawarte w piśmie z dnia 6 maja 2021 r. zostały skutecznie podważone przez odwołujących się Wykonawców.

Po pierwsze wskazać należy, iż błędne było stanowisko Zamawiającego jakoby wskazanie przez Odwołujących w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego informacji
o nowych kuchniach w nowych lokalizacjach (ul. Kobylińskiego 14 w Płocku oraz ul. Poniatowskiego 26 w Siedlcach) stanowiło zmianę treści oferty czy też negocjacje jej treści, skoro jak wynika z treści SWZ Zamawiający wymagał ww. informacji w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Rację mieli Odwołujący, iż przywołany przez Zamawiającego art. 187 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniach
o udzielenie zamówień na usługi społeczne, o których mowa w art. 359 pkt 2 ustawy Pzp,
a do których stosuje się przepisy ustawy właściwe dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, o czym jednoznacznie stanowi art. 266 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający błędnie zinterpretował treść art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz,
z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Wskazać należy, iż powyższy przepis nie

dotyczy podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów lub oświadczeń składanych na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wykonawcy.

Wobec powyższego Zamawiający błędnie przyjął, iż w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do zmiany treści oferty Odwołujących w zakresie lokalizacji kuchni i nie ocenił w sposób kompleksowy złożonych przez Odwołujących dokumentów dotyczących nowych lokalizacji kuchni, tj. przy ul. Kobylińskiego 14 w Płocku oraz ul. Poniatowskiego 26 w Siedlcach. Podkreślić należy, iż Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie próbował wywodzić, iż nowe lokalizacje kuchni (ul. Kobylińskiego 14 w Płocku oraz ul. Poniatowskiego 26 w Siedlcach) również nie spełniają wymogów SWZ, jednakże argumentacja ta z przyczyn wskazanych powyżej nie mogła zostać wzięta przez Izbę pod uwagę.

Po drugie Izba wskazuje, że Zamawiający nie odniósł się w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołujących do zaświadczenia PPIS w Płocku z dnia 14 sierpnia 2019 r., z którego wynikało, że w rejestrze zakładów żywienia dokonano zmiany w zakresie podmiotu prowadzącego kuchnię w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Płocku przy ul. Medycznej 19 (z Vendi Servis Sp. z o.o. na JOL-MARK Sp. z o.o.), ograniczając się do stwierdzenia, że decyzja 103/2012 PPIS v Płocku została wystawiona dla spółki Vendi Servis Sp. z o.o., która nie jest stroną w postępowaniu. Zamawiający w piśmie z dnia 6 maja 2021 r. nie odniósł się wyjaśnień Odwołujących zawartych w piśmie z dnia 23 kwietnia 2021 r. dotyczących zmiany ww. decyzji w zakresie firmy prowadzącej zakład. Poza oceną Izby była argumentacja zaprezentowana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wskazująca, że zaświadczenie PPIS w Płocku z dnia 14 sierpnia 2019 r. wykazywało zmianę lidera prowadzącego kuchnię przy ul. Medycznej 19 w Płocku na JOL-MARK Sp. z o.o. jedynie
w zakresie działalności „produkcja dań od surowca do gotowej potrawy dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku". Próżno szukać w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołujących z dnia 6 maja 2021 r. uzasadnienia w ww. zakresie.

Po trzecie u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołujących legła okoliczność, iż Odwołujący w ofercie przetargowej świadomie wskazali kuchnię zlokalizowaną w Płocku przy ulicy Medycznej 19, która wyłączona jest z użytkowania z uwagi na trwający remont, co też - jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie - stanowiło podanie nieprawdy co do możliwości świadczenia usług żywienia w ww. lokalizacji. Odnosząc się do powyższego zauważyć należy, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109
ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp. Dalej zauważyć należy, iż Zamawiający poza tym, iż stwierdził, że decyzja 103/2012 PPIS w Płocku została wystawiona dla spółki Vendi Servis Sp. z o.o., która nie jest stroną w postępowaniu, nie podał żadnego uzasadnienia dlaczego
w jego ocenie ww. decyzja była nieprawidłowa w świetle wymogów SWZ. Argumentacja Zamawiającego dotycząca rozumienia „aktualności" decyzji nie została zawarta w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołujących z dnia 6 maja 2021 r., a podniesiona została dopiero na etapie postępowania odwoławczego. W końcu Izba wskazuje, iż gdyby nawet przyjąć, że kuchnia przy ul. Medycznej 19 w Płocku nie spełniała wymogów SWZ, to Zamawiający w ramach ponownej oceny sytuacji podmiotowej Odwołujących winien zbadać, czy pozostałe lokalizacje kuchni są zgodne z wymogami Zamawiającego, a przed podjęciem decyzji w przedmiocie ewentualnego odrzucenia oferty Odwołujących, zastosować wszystkie mechanizmy przewidziane w ustawie Pzp umożliwiające wykonawcy poprawienie lub uzupełnienie błędów w zakresie podmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności wobec błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, iż wskazane przez Odwołujących nowe lokalizacje kuchni stanowiły nieuprawnioną po terminie składania ofert zmianę treści oferty, co skutkowało niepełną weryfikacją podmiotową odwołujących się Wykonawców, Izba uznała, że zarzut dotyczący nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołujących potwierdził się.

Za uzasadniony Izby uznała zarzut naruszenia art. 128 ustawy Pzpw zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii
z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz w zw.
z art. 359 pkt 2 i art. 266 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO" R.L. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Przedmiotem sporu było rozstrzygnięcie, czy złożone przez Przystępującego referencje wystawione przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
w Brodnicy z dnia 20 sierpnia 2020 r. oraz Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2021 r. były ważne w świetle przepisów ww. rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych i potwierdzały, że wykonawca OL – MARO spełnił warunek udziału
w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Poza sporem była treść referencji wystawionych przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o.

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych,w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu dostaw lub usług, żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest

w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Zgodnie natomiast z § 9 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia, okresy wyrażone

w latach lub miesiącach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 9, liczy się wstecz od dnia,
w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału
w postępowaniu.

Z powyższych przepisów wynika zatem, iż w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych referencje

powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub wniosków, a ponadto świadczenia te – na moment składania ofert - powinny być nadal wykonywane. *A contrario*, w przypadku usług nie będących usługami ciągłymi lub powtarzającymi się nadal wykonywanymi dopuszczalne jest złożenie dokumentu z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Innymi słowy, ww. przepisy konkretyzują okres,
w którym powinny zostać wystawione referencje dla świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych. Z kolei wskazany w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych okres, tj. „w okresie ostatnich 3 lat" referuje do daty wykonania lub wykonywania danej usługi, nie zaś do daty wystawienia referencji. W praktyce jednak w przypadku usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, referencje będą co do zasady pochodziły właśnie z tego okresu, jako że będą potwierdzały należyte wykonanie usługi wykonanej w okresie ostatnich 3 lat. W takiej sytuacji kluczowe jest jednak to, aby referencja została wystawiona po zakończeniu danej usługi, a zatem dotyczyła wykonania całego zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż usługi realizowane przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego oraz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy na moment składania ofert w niniejszym postępowaniu (16 kwietnia 2021 r.) zostały wykonane, co potwierdza jednoznacznie treść wykazu usług. Tym samym do usług tych nie znajduje zastosowania 3-miesięczny okres,
o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, ponieważ nie były to - na moment składania ofert w niniejszym postępowaniu - świadczenia powtarzające się lub ciągłe nadal wykonywane. Mając na uwadze zatem cel wystawienia referencji, tj. poświadczenie należytego wykonania danej usługi stwierdzić należy, iż rzeczone dokumenty winny zostać wystawione po wykonaniu całości zamówienia, nie zaś jego określonej części, tak jak to miało miejsce w okolicznościach rozpoznawanej sprawy. Tym samym stwierdzić należy, iż referencje wystawione zarówno przez Zamawiającego oraz Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Brodnicy były nieprawidłowe, ponieważ nie potwierdzały należytego wykonania całości referencyjnych usług, wobec czego wykonawca OL – MARO nie wykazał się żądanym przez Zamawiającego doświadczeniem.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż dokument wystawiony przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Brodnicy nie zawierał żadnego określenia czy zwrotu,
z którego wynikałoby, iż rzeczona usługa została wykonana należycie.

Wobec powyższego Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny i uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy OL-MARO jako najkorzystniejszej, mimo że oferta została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału
w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), kosztów dojazdu (30,38 zł) oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw (51 zł) stanowiące łącznie kwotę 11 181,38 zł. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego w zakresie zwrotu kosztów dojazdu w kwocie 4,40 zł (2 bilety tramwajowe), jako że koszt w ww. zakresie nie został wykazany rachunkiem ani nie wynikał ze złożonego do akt sprawy spisu kosztów (§ 5 pkt 2 ww. rozporządzenia).

Przewodniczący: ……