

Sygn. akt: KIO 1576/21

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering sp. z o.o. w Poznaniu** oraz **M. W. prowadzącego w Żninie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Export-Import Martina, W. M.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr. Emila Warmińskiego SPZOZ w Bydgoszczy**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering sp. z o.o. w Poznaniu** oraz **M. W. prowadzącego w Żninie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Export-Import Martina, W. M.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering sp. z o.o. w Poznaniu** oraz **M. W. prowadzącego w Żninie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Export-Import Martina, W. M.** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 1576/21

Uzasadnienie

Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr. Emila Warmińskiego SPZOZ w Bydgoszczy, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług w zakresie całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Wielospecjalistycznym Szpitalu Miejskim im. dr. E. Warmińskiego w Bydgoszczy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 maja 2021 r., nr 2021/BZP nr 00048946/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 24 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering sp. z o.o. w Poznaniu** oraz **M. W. prowadzący w Żninie działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Export-Import Martina, W. M.**, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz 17 ust. 2 Pzp poprzez bezpodstawną próbę Zamawiającego w ramach wezwania z dnia 19 maja 2021 r. uzupełnienia treści jego oferty o elementy niewymagane na etapie złożenia oferty, poprzez żądanie złożenia:

- a) szczegółowego schematu w zakresie całodobowego żywienia i dystrybucji posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w WSM w Bydgoszczy (w szczególności obejmującego wdrożenie elektronicznego programu zamawiania posiłków, wzory formularzy dziennej ewidencji posiłków, opis urządzeń przeznaczonych do dystrybucji posiłków) (pkt. 2 wezwania Zamawiającego z dnia 19 maja 2021 r.),
- b) szczegółowego schematu postępowania (planu działania) w przypadku zakłócenia dostawy posiłków nie tylko w wyniku zdarzenia drogowego ale także innego zdarzenia niepożądanego (pkt. 4 wezwania Zamawiającego z dnia 19 maja 2021 r.).

2) art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 oraz 17 ust. 2 Pzp przez jego błędne zastosowanie, ewentualną błędną wykładnię dokonaną przez Zamawiającego sprowadzającą się do błędnego uznania przez Zamawiającego, że przedmiotowy przepis poza wzywaniem do wyjaśnień uprawnia Zamawiającego do żądania założeń szeregu dokumentów i informacji, odnoszących się do zobowiązania Odwołującego i stanowiących treść oferty, mimo tego, że dokumenty te i informacje nie zostały wymienione przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia jako wymagane;

3) art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu Cywilnego przez zachowanie Zamawiającego, które wskazuje na nierówne - gorsze traktowanie go w porównaniu do pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu, co przybrało postać żądania tylko i wyłącznie od niego w ramach wezwania do wyjaśnień złożenia szeregu, obszernych dokumentów bezpośrednio dotyczących usług objętych przedmiotem zamówienia, mimo tego, że oferty konkurencyjnych wykonawców zawierają ogólniejsze i nieskonkretyzowane w porównaniu do jego oferty oraz lakoniczne oświadczenia i informacje w pkt. 3 i 5 formularza ofertowego,

4) art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt. 2 lit. a) Pzp, poprzez określenie mu w wezwaniu z dnia 19 maja 2021 r. zbyt krótkiego 2-dniowego terminu do złożenia wyjaśnień, który to termin jest krótszy niż termin do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługujących od tej czynności Zamawiającego, co skutkowało koniecznością udzielenia odpowiedzi przez niego w zakresie w jakim odpowiedź ta stanowi wyjaśnienie treści oferty, pomimo wadliwości wezwania dokonanego przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do wyjaśnień z dnia 19 maja 2021 roku, w zakresie żądania przez Zamawiającego:

- a) szczegółowego schematu w zakresie całodobowego żywienia i dystrybucji posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w WSM w Bydgoszczy (w szczególności obejmującego wdrożenie elektronicznego programu zamawiania posiłków, wzory formularzy dziennej ewidencji posiłków, opis urządzeń przeznaczonych do dystrybucji posiłków) (pkt. 2 wezwania Zamawiającego z dnia 19 maja 2021 r.),

b) szczegółowego schematu postępowania (planu działania) w przypadku zakłócenia dostawy posiłków nie tylko w wyniku zdarzenia drogowego ale także innego zdarzenia niepożądanego (pkt. 4 wezwania Zamawiającego z dnia 19 maja 2021 r.).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu mieli obowiązek złożyć ofertę na formularzu ofertowym, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SWZ. W pkt. 3 formularza ofertowego Zamawiający wymagał od wykonawców określenia systemu w jakim zamierza wykonawca dystrybuować posiłki, a także jego krótkiego opisu. Ponadto Zamawiający wymagał od wykonawcy przedstawienia schematu dostawy posiłków na poszczególne oddziały zgodnie z „Wykazem komórek organizacyjnych”. Natomiast w pkt 5 wzoru formularza ofertowego Zamawiający oczekiwał od wykonawców złożenia oświadczenia, że w przypadku wystąpienia zdarzenia drogowego lub innego zdarzenia niepożądanego mogącego spowodować zakłócenia w dostawie posiłków, realizacji usługi nastąpi w alternatywny, wskazany przez wykonawcę sposób.

Odwołujący podniósł, że poza powyżej przywołanymi postanowieniami wzoru formularza ofertowego Zamawiający w żaden sposób nie doprecyzował, czy też nie skonkretyzował przywołanych wymogów wynikających z pkt. 3 i 5 wzoru formularza ofertowego. Zdaniem odwołującego w odpowiedni sposób wypełnił on pkt 3 i 5 formularza ofertowego wskazując wymagane przez Zamawiającego informacje, w zakresie i kształcie wymaganym przez przedmiotowe fragmenty formularza ofertowego.

Odwołujący podniósł, że mimo powyższego Zamawiający w ramach pisma z dnia 19 maja 2021 r. wystosował do niego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający powołując się na treść art. 223 ust. 1 Pzp wezwał go do złożenia wyjaśnień treści oferty. Wskazał, że Zamawiający wyznaczył mu tylko 2 dni na złożenie wyjaśnień. W ramach tego wezwania Zamawiający wprost w odpowiednio w pkt. 2 i 4 wezwania zażądał od niego przedstawienia w terminie 2 dni:

- 1) szczegółowego schematu w zakresie całodobowego żywienia i dystrybucji posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w WSM w Bydgoszczy (w szczególności obejmującego wdrożenie elektronicznego programu zamawiania posiłków, wzory formularzy dziennej ewidencji posiłków, opis urządzeń przeznaczonych do dystrybucji posiłków) (pkt 2 wezwania Zamawiającego z dnia 19 maja 2021 r.),
- 2) szczegółowego schematu postępowania (planu działania) w przypadku zakłócenia dostawy posiłków nie tylko w wyniku zdarzenia drogowego ale także innego zdarzenia niepożądanego (pkt. 4 wezwania Zamawiającego z dnia 19 maja 2021 r.).

Odwołujący podniósł, że ze względu na fakt, iż termin na złożenie wyjaśnień oraz powyższych dokumentów upływał przed ustawowym terminem na złożenie odwołania pismem z dnia 21 maja 2021 r. ustosunkował się do przedmiotowego wezwania Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że w swojej odpowiedzi ograniczył się tylko i wyłącznie do złożenia wyjaśnień w zakresie aspektów poruszonych przez Zamawiającego w wezwaniu. Jednocześnie wskazał, że wprost zanegował możliwość realizacji wezwania Zamawiającego do złożenia wyżej wymienionych dokumentów w ramach wyjaśnienia treści oferty.

Zdaniem odwołującego Zamawiający nie oczekiwał tego typu treści oferty na etapie poprzedzającym termin składania ofert. Odwołujący zakładał, że Zamawiający nie oczekuje tego typu informacji od innych wykonawców. Zdaniem odwołującego Zamawiający de facto nie oczekuje wyjaśnień, co do treści złożonej oferty, lecz wykorzystując art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dąży swoim wezwaniem do uzupełnienia treści oferty poprzez żądanie w ramach wezwania do wyjaśnień wykazania przez wykonawcę aspektów, które nie były wymagane przez Zamawiającego w ramach specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący wywiódł, że Zamawiający nie wskazał w SWZ, że powołanie się przez wykonawcę na termosowy system dystrybucji posiłków wymaga dodatkowego opisu lub wskazania elementów, które zostały uzewnętrznione przez Zamawiającego dopiero na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień. Zdaniem odwołującego tego typu działanie należy uznać za naruszające zasady równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji, bowiem, zgodnie z jego wiedzą – Zamawiający nie kreuje tego typu wezwań do pozostałych wykonawców.

Zdaniem odwołującego, zadośćuczynił on wymogom określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. W związku z tym istnieje zgodność pomiędzy treścią oferty Wykonawcy, a warunkami zamówienia wynikających z SWZ i jego załączników. Zdaniem odwołującego działania Zamawiającego nie znajdują oparcia w ustawie Pzp, a co za tym idzie naruszają zasadę legalizmu wyrażoną m.in. w art. 17 ust. 2 Pzp. Dodatkowo zachowanie Zamawiającego stanowi pogwałcenie zasady transparentności, gdyż Zamawiający niejako próbując powołać się na art. 223 ust. 1 Pzp tworzy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nowe, nieprzewidziane w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu istotne obowiązki tylko i wyłącznie po jego stronie w postaci złożenia szerokiej dokumentacji, dotyczącej sposobu świadczenia usługi, a co za tym idzie stanowiącej treść oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może według własnego uznania i na wybranym przez siebie etapie postępowania wzywać o dodatkowe dokumenty, w szczególności odnoszące się do jego zobowiązania względem Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający chciał, aby zostały złożone przez wykonawców w ramach postępowania dokumenty wskazane w piśmie z dnia 19 maja 2021 r., to powinien wskazać, iż wymaga ich złożenia wraz z formularzem ofertowym, jednak w tym przypadku Zamawiający tego nie uczynił. Według odwołującego w przypadku przekroczenia przez zamawiającego upoważnienia wynikającego z ww. przepisów, czyli w przypadku żądania złożenia w ofercie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wykonawca ma prawo nie przedłożyć tych dokumentów.

Odwołujący wywiódł, że w ramach procedury wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający może poddać tej procedurze tylko te elementy oferty, które są mu znane, a więc są w ofercie zawarte lub z ofertą złożone. Uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty. Odwołujący wskazał, że nie ma zamiaru zaspokajać ciekawości oraz odnosić się do każdej bezpodstawnej insynuacji (prawdopodobnie konkurencyjnych wykonawców), gdyż jest to wyłącznie wyraz próby zmanipulowania przez konkurencję przebiegu niniejszego postępowania oraz utrudnienia możliwości zawarcia umowy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 19 maja 2021 r. skierowane do odwołującego, wyjaśnienia odwołującego z 21 maja 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza

ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp 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 art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Wielospecjalistycznym Szpitalu Miejskim im. dr. E. Warmińskiego w Bydgoszczy.

Ustalono, że w pkt 6.17 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający wskazał: Wykonawca przedstawi Zamawiającemu w ofercie schemat dostawy posiłków na poszczególne oddziały zgodnie z „Wykazem komórek organizacyjnych” oraz system, w jaki będzie dystrybuował Zamawiający posiłki. Ustalono, że w pkt 10.4. opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający wskazał: Wykonawca na etapie składania oferty przedstawi alternatywny sposób realizacji usługi w przypadku wystąpienia zdarzenia drogowego lub innego zdarzenia niepożądanego mogącego spowodować zakłócenia w dostawie posiłków.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 1 do SWZ (wzór formularza ofertowego) zamawiający wymagał podania następujących informacji:

3) Dystrybucja posiłków będzie odbywać się w systemie:

.....
określić: (np. tacowy, bemaowy) oraz krótko opisać system dystrybucji
wg następującego schematu:

.....
przedstawić schemat dostawy posiłków na poszczególne oddziały zgodnie z „Wykazem komórek organizacyjnych”

5) oświadczamy, że w przypadku wystąpienia zdarzenia drogowego lub innego zdarzenia niepożądanego mogącego spowodować zakłócenia w dostawie posiłków, realizacji usługi nastąpi w alternatywny sposób:

.....
Opisać alternatywny sposób realizacji usługi

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego.

Ustalono ponadto, że odwołujący w wypełnionym załączniku nr 1 do SWZ złożył m.in. następujące oświadczenia.

3) Dystrybucja posiłków będzie odbywać się w systemie:

Usługa żywienia będzie opierała się na systemie termosowym. Posiłki sporządzane będą na kuchni cateringowej. Wykonawcy mieszczącej się w Bydgoszczy przy ulicy Pestalozzkiego 8. Następnie pakowane będą w pojemniki ze stali nierdzewnej typu GN – opisane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz termoporty wykonane z pianki polipropylenowej. Zapakowane posiłki zostaną przetransportowane samochodem przystosowanym do przewozu żywności do Szpitala Miejskiego wraz z czystymi naczyniami oraz sprzętem niezbędnym do wydawania posiłków. Następnie personel Wykonawcy dostarczy zapakowane posiłki wraz ze sprzętem na oddziały szpitalne w godzinach wymaganych przez Zamawiającego:

śniadanie : 730 – 800

śniadanie II: 1000 - 1030

obiad: 1230 – 1300

podwieczorek: 1430 – 1500

kolacja: 1630 – 1700

przy czym zgodnie z wolą Zamawiającego II śniadanie zostanie dostarczone wraz ze śniadaniem, a podwieczorek z obiadem. Na oddziałach szpitalnych nastąpi przejęcie przez personel Zamawiającego, w drugiej kolejności zostaną rozwiązane pojemniki na odpady pokonsumpcyjne oraz pojemniki na brudne naczynia. Po zakończonej przez Pacjentów konsumpcji, nastąpi odbiór brudnej zastawy oraz pojemników wraz z odpadami pokonsumpcyjnymi przez personel Wykonawcy z oddziałów szpitalnych oraz transport do kuchni Wykonawcy, gdzie nastąpi procedura mycia, czyszczenia i dezynfekcji sprzętu. Czynności te będą powtarzane na potrzeby każdego posiłku.

wg następującego schematu:

Kolejność dostarczania do poszczególnych oddziałów:

1) Oddział Rehabilitacji Neurologicznej, Oddział Rehabilitacji Kardiologicznej

2) Oddział Chorób Wewnętrznych, Neurologia

3) Oddział Kardiologii

4) Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii

5) Oddział Patologii Cięży

6) Oddział Ginekologii

7) Oddział Położnictwa i blok porodowy

8) Oddział Chirurgii i Żywienia Klinicznego

(Kolejność dostarczania do oddziałów może ulegnąć zmianie po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym)

5) oświadczamy, że w przypadku wystąpienia zdarzenia drogowego lub innego zdarzenia niepożądanego mogącego spowodować zakłócenia w dostawie posiłków, realizacji usługi nastąpi w alternatywny sposób:

W przypadku zdarzenia drogowego lub innego nieporządnego zdarzenia, które mogłoby mieć wpływ na zakłócenie dostaw posiłków w pierwszej kolejności podejmujemy kroki mające na celu ocenę zaistniałej sytuacji. Gdy środek transportu ulegnie awarii bądź wypadkowi, a posiłki przewożone w pojemnikach GN oraz termoportach nie ulegną uszkodzeniu, w przeciągu 45 minut od zdarzenia zostanie podstawiony samochód zastępczy przystosowany do przewożenia posiłków, posiadający odpowiednią decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego. Nastąpi przeładunek oraz dowiezienie posiłków do szpitala. O całej sytuacji i przewidywanym czasie dostawy zostanie bezzwłocznie poinformowany pracownik Zamawiającego odpowiedzialny za nadzór nad usługą żywienia. W przypadku, gdy przewożone posiłki ulegną uszkodzeniu (częściowym lub całkowitym) nastąpi konsultacja z pracownikiem Zamawiającego odpowiedzialnego za nadzór nad usługą żywienia, w celu doprecyzowania jaki posiłek zastępczy zostanie sporządzony i w jakim czasie

dostarczony do szpitala.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 19 maja 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie:

2) w pkt 3 Formularza oferty Wykonawca określił własny sposób dystrybucji posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w WSM im. dr E. Warmińskiego w Bydgoszczy (tzw. system termosowy), Zamawiający żąda przedstawienia szczegółowego schematu w zakresie całodobowego żywienia i dystrybucji posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w WSM w Bydgoszczy (w szczególności obejmującego wdrożenie elektronicznego programu zamawiania posiłków, wzory formularzy dziennej ewidencji posiłków, opis urządzeń przeznaczonych do dystrybucji posiłków),

4) w pkt 5 Formularza oferty Wykonawca w sposób niejednoznaczny określił postępowanie w przypadku zdarzeń mogących spowodować zakłócenie w dostawie posiłków (zdarzenia drogowego lub innego zdarzenia niepożądanego), Zamawiający żąda przedstawienia szczegółowego schematu postępowania (Planu działania) w przypadku zakłócenia dostawy posiłków nie tylko w wyniku zdarzenia drogowego ale także innego zdarzenia niepożądanego.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 21 maja 2021 r., za pośrednictwem platformy, na której prowadzone jest postępowanie.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że, wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień z 19 maja 2021 r. nie zażądał od niego złożenia żadnych dodatkowych dokumentów, które nie były wymagane w SWZ. Analiza pkt 2 i 4 wezwania z dnia 19 maja 2021 r. prowadziła do wniosku, że zamawiający poprosił odwołującego jedynie o uszczegółowienie oświadczeń, których złożenia wymagał zarówno w pkt 6.17 oraz 10.4 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SWZ) jak i pkt 3 i 5 wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ).

Na uwagę zasługiwał fakt, że w pkt 6.17 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), zamawiający wskazał: *Wykonawca przedstawi Zamawiającemu w ofercie schemat dostawy posiłków na poszczególne oddziały zgodnie z „Wykazem komórek organizacyjnych” oraz system, w jaki będzie dystrybuował Zamawiający posiłki.* Z kolei w pkt 10.4. opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) zamawiający wskazał: *Wykonawca na etapie składania oferty przedstawi alternatywny sposób realizacji usługi w przypadku wystąpienia zdarzenia drogowego lub innego zdarzenia niepożądanego mogącego spowodować zakłócenia w dostawie posiłków.* Z przywołanymi obowiązkami korespondował wzór formularza ofertowego, w którym zamawiający wymagał podania następujących informacji:

3) *Dystrybucja posiłków będzie odbywać się w systemie:*

.....
określić: (np. tacowy, bemarowy) oraz krótko opisać system dystrybucji wg następującego schematu:

.....
przedstawić schemat dostawy posiłków na poszczególne oddziały zgodnie z „Wykazem komórek organizacyjnych”

5) *oświadczamy, że w przypadku wystąpienia zdarzenia drogowego lub innego zdarzenia niepożądanego mogącego spowodować zakłócenia w dostawie posiłków, realizacji usługi nastąpi w alternatywny sposób:*

.....
Odwołujący, w złożonym przez siebie formularzu ofertowym w pkt 3 i 5 zamieścił opisy, jednakże te wzbudziły wątpliwości zamawiającego co spowodowało wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w dniu 19 maja 2021 r.

W pkt 2 wezwania zamawiający poprosił o *przedstawienie szczegółowego schematu w zakresie całodobowego żywienia i dystrybucji posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w WSM w Bydgoszczy (w szczególności obejmującego wdrożenie elektronicznego programu zamawiania posiłków, wzory formularzy dziennej ewidencji posiłków, opis urządzeń przeznaczonych do dystrybucji posiłków).* Z kolei w pkt 4 wezwania odwołujący został poproszony o przedstawienie szczegółowego schematu postępowania (Planu działania) w przypadku zakłócenia dostawy posiłków nie tylko w wyniku zdarzenia drogowego ale także innego zdarzenia niepożądanego.

Przypomnienia w tym miejscu wymagało, że w świetle przepisu art. 223 ustawy Pzp zamawiający został przez ustawodawcę wyposażony w kompetencję, aby żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Kompetencja ta służy zamawiającemu do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści oferty, jakie mogą się zrodzić podczas procesu badania i oceny ofert. Jak wynika z przepisu, wyjaśnienia te nie mogą prowadzić do negocjacji treści złożonej oferty ani co do zasady prowadzić do zmiany jej treści.

Zdaniem Izby treść wezwania zamawiającego nie prowadziła do negocjowania z odwołującym treści złożonej przez niego oferty. Zamawiający, wobec powzięcia wątpliwości co do jej treści miał prawo dopytać wykonawcę o szczegóły proponowanego systemu dystrybucji posiłków, przewidywanego schematu dostawy czy postępowania na wypadek zdarzeń niepożądanych tym bardziej, że w OPZ i wzorze formularza nałożył na wykonawców obowiązek złożenia i przedstawienia takich opisów.

Co do pkt 2 wezwania, zamawiający był uprawniony do zapytania się o kwestię uwzględnienia w schemacie żywienia elektronicznego programu zamawiania posiłków czy formularzy dziennej ewidencji posiłków. Dostrzeżenia wymagało, że w pkt 6.5. OPZ zamawiający przesądził bowiem, że wykonawca zobowiązany jest do wdrożenia elektronicznego programu zamawiania posiłków. Z kolei w pkt 6.15 OPZ nałożono na wykonawców obowiązek prowadzenia dziennej ewidencji wydanych posiłków. Zamawiający w pkt 2 wezwania nie pytał więc wykonawców ponad to, co było obowiązkiem wykonawców wynikającym z OPZ. Skoro zaś schemat odwołującego opisany w jego formularzu do tych elementów OPZ nie odnosił się w szczególności, to zamawiający, w razie wątpliwości, miał prawo dopytać się wykonawcy o te elementy w wezwaniu, co uczynił.

Wątpliwości zamawiającego mogły wynikać również z braku doświadczeń z zaoferowanym przez odwołującego systemem termosowym dystrybucji posiłków. Jak bowiem wynikało z dowodu nr 4 złożonego przez odwołującego (oferty wykonawcy Restauracja pod Lwem z 28.12.2019 r.), wybranej przez zamawiającego w poprzednim postępowaniu na usługę żywienia dla pacjentów (dowód nr 5 złożony przez odwołującego), poprzednio wybrany wykonawca zaproponował zamawiającemu „bemarowy” system dostarczania posiłków. System znany zamawiającemu różnił się od systemu „termosowego”, obecnie oferowanego przez odwołującego. Skoro był to system, z którym zamawiający nie miał praktycznych doświadczeń, to w razie wątpliwości, zamawiający miał prawo zapytać się wykonawcę o jego szczegóły

również w kontekście wymagań postawionych w OPZ. Fakt, iż doświadczenie z termosowym systemem dostarczania posiłków posiadał Szpital w Pile (co wynikało z wydruku ze strony www.szpital-pila.4bip.pl/datadir/doc/bip_1457446135.docx - dowodu nr 1 złożonego przez odwołującego na rozprawie) czy spółka, która uzyskała interpretację indywidualną Izby Skarbowej w Poznaniu nr ILPP2/4512-1-118/16-2/AO z 14 kwietnia 2016 r. (dowód nr 3 złożony przez odwołującego) nie oznaczało jeszcze, iż doświadczenia z takim systemem posiadał zamawiający.

Co do pkt 4 wezwania, zamawiający był uprawniony do zapytania się o doprecyzowanie postępowania w razie wystąpienia innego niż zdarzenie drogowe zdarzenia niepożądanego, mogącego spowodować zakłócenia w dostawie posiłków. Dostrzeżenia wymagało, że sposób redakcji opisu zawarty w pkt 5 formularza oferty odwołującego, przy subiektywnej ocenie osób oceniających ten opis, mógł sugerować, iż odnosi się on jedynie do zdarzenia drogowego. Był to dostateczny powód sformułowania spornego wezwania.

Wbrew stanowisku odwołującego, wezwanie zamawiającego nie musiało prowadzić do zmiany treści oferty odwołującego, tak długo, jak długo odwołujący nie zmieni wyraźnych oświadczeń zawartych w formularzu ofertowym. Przykładowo można byłoby mówić o zmianie oferty gdyby odwołujący wskutek wyjaśnień zmieniałby oferowany system dostarczania posiłków a nie jedynie podawał szczegóły rozwiązań już wynikających z oferty. Dostrzeżenia w szczególności wymagało, że odwołujący złożył ogólne oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ, a zatem musiał zaoferować wdrożenie elektronicznego programu zamawiania posiłków, czy zaoferować prowadzenie dziennej ewidencji posiłków. Wypowiedzenie się na ten temat w odpowiedzi na pkt 2 wezwania nie powinno zatem zmienić jego oferty. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że wymagane przez zamawiającego opisy nie stanowiły przedmiotu oceny w ramach np. pozacenowego kryterium oceny ofert, w którym badana byłaby jakość tych opisów. Gdyby bowiem przykładowo zamawiający zamierzał punktować jakość opisu, to wtedy oczywistym byłoby, że uszczegółowienie opisu naruszałoby zasadę niezmienności treści oferty, wynikającą z art. 223 zd. 2 P i art. 16 ustawy Pzp. Postanowienia SWZ w analizowanym postępowaniu nie zawierały jednak takich uregulowań. W tej sytuacji uszczegółowienie opisów nie musiało prowadzić do zmiany treści oferty. Podkreślenia wymagało również, że rolą wykonawcy, który ubiega się o publiczny kontrakt jest wyjaśnianie na wezwanie wątpliwości zamawiającego, jakie wzbudziła treść jego oferty. To w interesie wykonawcy powinno bowiem leżeć usunięcie wszelkich wątpliwości instytucji zamawiającej.

Nie można było się zgodzić z odwołującym, że skierowanie do niego wezwania z dnia 19 maja 2021 r. godziło w zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że jego konkurenci, choć złożyli mniej szczegółowe opisy, nie zostali wezwani przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że w postępowaniu złożyło swe oferty 3 wykonawców, z czego jedynie odwołujący i wykonawca Impel Catering sp. z o.o. zaoferowali zamawiającemu nieznany mu system termosowy. Trzeci wykonawca – Restauracja Pod Lwem, zaoferował zamawiającemu system barmarowy, więc jego sytuacja była odmienna od odwołującego. Owszem Zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnienia treści oferty jedynie do odwołującego, zaś analogicznego wezwania nie otrzymał wykonawca Impel Catering sp. z o.o. (por. oświadczenie zamawiającego z 9.06.2021 r. - dowód nr 6 złożony przez odwołującego; dokumentacja postępowania, w aktach sprawy). Pomimo to nie można było stwierdzić, na obecnym etapie, że zamawiający swym postępowaniem naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Zarzut podniesiony przez odwołującego okazał się bowiem przedwczesny. Powyższe wynikało z faktu, że na moment wyrokowania procedura badania i oceny ofert jeszcze się nie zakończyła. Zamawiający zaś aż do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej jest jeszcze uprawniony do skierowania wezwania do wykonawcy Impel Catering sp. z o.o. o treści podobnej lub zbliżonej jak wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. skierowane do odwołującego. O prawidłowym postawieniu zarzutu można byłoby powiedzieć dopiero wtedy, gdyby procedura oceny ofert obu wykonawców już się zakończyła i po jej przeprowadzeniu można byłoby uznać, że zamawiający inaczej potrącał obu wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji. Ten moment jednak jeszcze nie nastąpił. W tej sytuacji zarzut podlegał oddaleniu jako przedwczesny.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący wyznaczenia przez zamawiającego odwołującemu zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień. Zamawiający w wezwaniu z dnia 19 maja 2021 r. wyznaczył odwołującemu termin na złożenie wyjaśnień przypadający na 21 maja 2021 r. Ustalono ponadto, że dni 19, 20 i 21 maja 2021 r. nie były dniami wolnymi od pracy w rozumieniu odrębnych przepisów.

Zdaniem Izby nie zostało wykazane przez odwołującego, że termin na złożenie wyjaśnień wyznaczony mu przez zamawiającego był terminem zbyt krótkim. Wzięto pod uwagę, że wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający nie nałożył na niego w wezwaniu obowiązku złożenia jakichś nowych, nieznanych treści SWZ dokumentów. W tym zakresie aktualne pozostają przywołane przedstawione wcześniej. Przedmiotem wezwania nie były także oświadczenia czy pisma pochodzące przykładowo od innych podmiotów, np. zagranicznych, które należałoby także wyznaczyć terminie. Dostrzeżenia wymagało, że przedmiotem wezwania z 19 maja 2021 r. były wyjaśnienia (oświadczenia) samego odwołującego, których autorem miał być on sam.

Niezasadny okazał się także argument, jakoby termin na złożenie wyjaśnień był zbyt krótki, gdyż nie uwzględniał 5 dniowego terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wezwania. Na uwagę zasługiwał fakt, że z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika, że zamawiający określając termin na złożenie wyjaśnień musi przestrzegać terminów na wniesienie odwołania wobec czynności wezwania. Wobec powyższego zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

W końcowej części uzasadnienia odwołania odwołujący zarzucił, że treść wezwania zamawiającego była wynikiem próby manipulowania przez konkurencję przebiegiem postępowania. Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie tego zarzutu nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że treść wezwania była inspirowana przez któregoś z jego konkurentów. Wobec powyższego zarzut okazał się bezzasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze

merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza *względnie odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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:.....