

Wyrok

z dnia 21 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2021 r. przez Odwołującego Rebus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Chotomowskiej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Powiatowe Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Malborku

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu określonego w pkt 3 b) petitum odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Smakpol-Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu oraz przez wykonawcę Zakład Aktywności Zawodowej „Pod dobrym Aniołem” w Sztumie, oraz w zakresie zarzutu określonego w pkt 3 c) petitum odwołania, dotyczącego zaniechanie przyznania ofertom złożonym przez ww. wykonawców „0” punktów w kryterium „czas transportu posiłku”,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu określonego w pkt 3 a) petitum odwołania w zakresie unieważnienia postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Powiatowe Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Malborku w części % oraz Odwołującego Rebus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Chotomowskiej w części % i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu % kosztów postępowania.

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 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 2800/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiatowe Centrum Zdrowia Sp. z o.o. z siedzibą w Malborku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług żywieniowych dla pacjentów Powiatowego Centrum Zdrowia spółka z o.o. - Szpitala w Malborku i Nowym Dworze Gdańskim - V postępowanie”, z podziałem na dwie części:

- Zadanie 1: Szpital w Malborku,
 - Zadanie 2: Szpital w Nowym Dworze Gdańskim.
- oznaczenie sprawy: PCZ.ZP.07/2021 (dalej jako postępowanie).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn.zm.) zwaną dalej „Ustawą” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00076098/01 w dniu 8 czerwca 2021 r.

W dniu 22 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Rebus sp. z o.o. z siedzibą w Chotomowie (dalej jako Odwołujący) od niezgodnych z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności Zamawiającego podjętych w postępowanie oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany odpowiednio w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz w Zadaniu nr 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim, tj. od:

- czynności unieważnienia postępowania,
- czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawcę Smakpol - Catering Sp. z o.o. (dalej zwany: „Smakpol”) oraz przez wykonawcę Zakład Aktywności Zawodowej „Pod dobrym Aniołem” w Sztumie (dalej zwany: „ZAZ”),
- zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ,
- z ostrożności - od zaniechania przyznania ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”,
- zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Wobec powyższego, Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6 Pzp

w zw. z art. 240 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez unieważnienie postępowania,

pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c)

Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez

wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ, pomimo, że ww. wykonawcy nie złożyli w przewidzianym terminie wymaganego w SWZ przedmiotowego środka

dowodowego, służącego potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert,

c) z ostrożności - zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”,

d) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,

i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odpowiednio w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,
- odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ,
 - z ostrożności - przyznania ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”,
 - w konsekwencji dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący oświadczył, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ), i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp może ponieść szkodę, bowiem unieważnienie postępowania uniemożliwiło Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w obu ww. Zadaniach. Ponadto, w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego nie znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert ani w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku, ani w

Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim. W Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą wykonawcy ZAZ, natomiast w Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą wykonawcy Smakpol. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to nie unieważniłby postępowania lecz dokonałby odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ, co finalnie mogłoby doprowadzić do uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim. Ewentualnie, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp oraz postanowieniami SWZ, to nie unieważniłby postępowania, lecz przyznałby ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”, w rezultacie czego oferta Odwołującego znalazłaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co finalnie mogłoby doprowadzić do uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia zarówno

w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku jak i w Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji ww. Zadań (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania w obu ww. Zadaniach.

Zamawiający pismem z dnia 17 września 2021 r., przekazany Odwołującemu w tym samym dniu, zawiadomił Odwołującego, że działając na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 Pzp unieważnił postępowanie. Z ww. pisma wynika ponadto, że Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert złożonych w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 240 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający w piśmie z dnia 17 września 2021 r., informującym o unieważnieniu postępowania, jako podstawę prawną unieważnienia wskazał art. 255 ust. 1 pkt 6 Pzp

(powinno być: art. 255 pkt 6 Pzp - przyp. Odwołującego), natomiast podstawę faktyczną unieważnienia opisał w następujący sposób:

„W prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji postępowaniu świadczenie usług żywieniowych dla pacjentów Powiatowego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. — Szpitale w Malborku i Nowym Dworze Gdańskim wprowadzono oprócz kryterium ceny, pozacenowe kryterium oceny oferty tj. codzienny dodatek oraz czas transportu posiłku.

Zgodnie z przepisami Zamawiający powinien opisać kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały (art. 240 ust. 1 ustawy Pzp). Dodatkowo kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji (wyrok z dnia 23 kwietnia 2015 r., KIO 712/15).

W prowadzonym postępowaniu w SWZ Zamawiający określił kryterium dot. czasu transportu posiłku w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę ofert:

Ocena w zakresie kryterium czas transportu posiłku z miejsca jego wykonywania, tj.

kuchnia wykonawcy do miejsca docelowego tj. szpitala w Malborku -zad.1/w Nowym Dworze

Gdańskim zad.2, na podstawie średniego szacowanego czasu na Google Maps. Ocena zostanie dokonana w oparciu o następujące wskaźniki przelicznikowe:

Kryterium czas transportu posiłku	TAK	NIE
Przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00")	20 pkt.	0 pkt.
Przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00")	5 pkt.	0 pkt.

Przy czym Wykonawca musi wyliczyć średni czas transportu na podstawie 3 pomiarów czasu

(pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz. 17-19) przez wybrane dwa dni

robocze od poniedziałku do piątku. Wszystkie pomiary Wykonawca musi udokumentować (print screen) i załączyć do oferty.

Wprowadzając wskazane kryterium Zamawiający przewidział dwie opcje umożliwiające

uzyskanie przez Wykonawcę określonej ilości punktów w trzech wariantach — 20 pkt.; 5 pkt.;

0 pkt. Zastosowane kryterium nie wypełnia przesłanek określonych w art. 240 ustawy — Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym kryteria winny być opisane w sposób jednoznaczny z rozumiały i nie mogą zamawiającemu pozostawić nieograniczonej swobody

wyboru najkorzystniejszej oferty.

W trakcie oceny ofert Zamawiający dokonując ich weryfikacji powziął wątpliwości, bowiem przy założeniu, że Wykonawca wykazując, iż nie spełnia kryterium jakościowego polegającego na transporcie posiłków w czasie do 20 minut mógł uzyskać zarówno 0 punktów, jak również 5 punktów.

Przyjęta trzywariantowa skala punktów pozostawiała Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania postanawia jak na wstępie i unieważnia postępowanie jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Z powyższym wywodem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący wskazując, że w żadnym wypadku nie uzasadnia on unieważnienia postępowania na podstawie art. 255

pkt 6 Pzp. Abstrahując tutaj od tego, czy faktycznie przyjęte przez Zamawiającego kryterium oceny ofert nie wypełnia przesłanek określonych w art. 240 Pzp i czy rzeczywiście przyjęta trzywariantowa skala punktów pozostawiała Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, to nawet zaistnienie ww. okoliczności nie uprawniałoby

Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Trzeba

bowiem podkreślić, że art. 255 pkt 6 Pzp, stanowiący o niemożliwej do usunięcia wadzie

uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego, pozostaje w ścisłym związku z art. 457 ust. 1 Pzp, który zawiera zamknięty i ściśle określony katalog sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Pojęcie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest pojęciem ustawowym a przesłanki unieważnienia umowy zostały wyczerpująco wskazane w art. 457 ust. 1 Pzp. Tylko i wyłącznie przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 Pzp mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Analogicznie, na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako „Pzp2004”), w orzecznictwie KIO wskazywano konsekwentnie na ścisły związek pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 a art. 146 ww. ustawy (por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2015, sygn. akt KIO 782/15, wyrok z dnia 17 czerwca 2013, sygn. akt KIO 1307/13, wyrok z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12).

Zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego

dynamicznym systemem zakupów.

Jak łatwo stwierdzić żadna z sytuacji przewidzianych w art. 457 ust. 1 Pzp nie obejmuje takiej podstawy faktycznej, jaka została wskazana przez Zamawiającego, tj. naruszenia art. 240 Pzp poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert, które pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

W art. 457 ust. 1 Pzp, analogicznie jak w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp2004, zawarto zamkniętą listę ściśle określonych i zarazem bardzo poważnych naruszeń przepisów, których popełnienie przez zamawiającego skutkuje unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma wśród nich generalnego wskazania na dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawa Pzp, jakkolwiek wśród przesłanek unieważnienia postępowania wskazanych w art. 255 wymienia również przesłankę dotyczącą niemożliwej do usunięcia wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to jednak nie zawiera regulacji analogicznej do tej z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp2004 r. Innymi słowy Pzp nie uprawnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 459 ust. 1 Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie wyłącznie:

- 1) zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455;
- 2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1.

Zatem, aby Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógł na drodze sądowej dochodzić unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi wykazać, że zaistniała jedna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art. 457 ust. 1 Pzp. Analogicznie Zamawiający, jeśli chce unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, musi wykazać, że zaistniała jedna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art. 457 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający nie tylko, że nie wykazał zaistnienia żadnej z wymienionych tam przesłanek, to jeszcze w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nawet nie wskazał, która konkretnie z przesłanek unieważnienia umowy, przewidzianych w art. 457 ust. 1 Pzp, rzekomo zaistniała. Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania, w żaden sposób nie odniósł się do art. 457 ust. 1 Pzp. Jedynym artykułem wskazanym przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia, oprócz art. 255 pkt 6 Pzp, jest art. 240 Pzp, o którym w art. 457 ust. 1 Pzp nie ma najmniejszej nawet wzmianki i którego naruszenia art. 457 ust. 1 Pzp w ogóle nie dotyczy.

Do unieważnienia umowy w Pzp odnosi się jeszcze art. 460, zgodnie z którym o unieważnienie takie może wystąpić wykonawca, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, w przypadku, o którym mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1. Zatem również uprawnienie wykonawcy w tym zakresie zostało ograniczone wyłącznie do sytuacji opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. jeżeli Zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. podkreślić tutaj, że w literaturze przedmiotu zgodnie przyjmuje się, że dyspozycją przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp są objęte przypadki, w których Zamawiający z naruszeniem przepisów:

- 1) w ogóle nie zamieścił lub nie przekazał do publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie, lub
- 2) nie zamieścił w BZP lub nie przekazał do publikacji Urzędowi Publikacji UE ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, przy czym w takim przypadku umowa nie będzie podlegała unieważnieniu, jeżeli zmiany tego ogłoszenia nie miały znaczenia dla sporządzenia wniosków albo ofert.

Jest poza sporem, że w niniejszej sprawie taki przypadek nie zachodzi i nie na taką sytuację wskazał Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania.

Podsumowując, aby (rzekome) naruszenie art. 240 Pzp poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert, które (rzekomo) pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę

wyboru najkorzystniejszej oferty, mogło stanowić podstawę unieważnienia postępowania na zasadzie art. 255 pkt 6 Pzp, Zamawiający musiałby wykazać, że naruszenie to pociąga za sobą (przynajmniej potencjalnie) możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający tymczasem niczego takiego nie wykazał i nie jest w stanie wykazać, gdyż Pzp nie przewiduje przesłanki unieważnienia umowy, opartej na naruszeniu art. 240 Pzp w toku postępowania poprzedzającego zawarcie umowy. Tym samym unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 255 pkt 6 Pzp było i jest pozbawione jakichkolwiek podstaw a zostało dokonane z rażącym naruszeniem powyższego przepisu.

Raz jeszcze podkreślić też trzeba, że Pzp nie zawiera odpowiednika art. 146 ust. 6 ustawy Pzp2004 r., który pozwalał Zamawiającym na unieważnienie postępowań na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 w przypadku wystąpienia innych okoliczności niż wskazane wprost w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp2004 r. W art. 459 Pzp przyjęto inną konstrukcję prawną, tj. przewidziano jedynie możliwość wystąpienia przez Prezesa UZP do sądu o unieważnienie zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i 455 Pzp oraz umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Zatem na gruncie Pzp możliwość unieważniania postępowań została istotnie ograniczona. Tym samym ewentualne uzasadnienie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia tym, że Zamawiający dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w aktualnym stanie prawnym nie ma żadnych podstaw i jest działaniem bezprawnym.

Odwołujący pragnie zaznaczyć, że Pzp w art. 255 wylicza w sposób wyczerpujący wszystkie sytuacje w których Zamawiający musi unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Podkreślić trzeba, że Zamawiający nie może unieważnić postępowania w żadnej innej sytuacji niż wskazana wprost w przepisach Pzp. Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych jest bowiem zasada trwałości postępowania oraz realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie umowy z wykonawcą. Tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady. Mając powyższe na uwadze, przy uwzględnieniu zasady *exceptiones non sunt extendendae*, przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować jako wyjątek od zasady, a zatem w sposób ścisły. Pogląd powyższy wielokrotnie potwierdziła w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza. Jak wskazała KIO w wyroku z 31 marca 2010 r. (KIO/UZP 315/10): „niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Przesłanki określone w art. 255 Pzp nie mogą być więc interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na Zamawiającym (por. wyroki KIO: z 11 kwietnia 2017 r., KIO 593/17; z 12 lutego 2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16). Powyższe nie budzi także wątpliwości w orzecznictwie Sądów Okręgowych oraz Sądu Najwyższego. Przykładowo, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2010 roku, sygn. akt IV Ca 429/10, podkreślił, iż wykładnia rozszerzająca jednej z podstaw unieważnienia postępowania powodowałaby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nie przewidzianej przez ustawodawcę. Z kolei Sąd Najwyższy w uchwale z 27 stycznia 2005 r., III CZP 78/04, wskazał, że katalog przesłanek wymienionych w art. 93 ustawy Pzp2004 r. (obecnie art. 255 Pzp), stanowiących przyczynę unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Ustawa nie przewiduje bowiem innych przesłanek unieważnienia, poza wskazanymi w omawianym przepisie i powinny być one traktowane jako wyjątkowy sposób zakończenia postępowania.

Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że w postępowaniu Zamawiający nie dopuścił się jakiegokolwiek naruszenia art. 240 Pzp a już zwłaszcza nie zastosował kryterium oceny ofert, które pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty. W celu wyjaśnienia powyższego, Odwołujący przedstawia poniżej fakty, które potwierdzają prawdziwość powyższych twierdzeń. Mianowicie, od kilkunastu lat Zamawiający corocznie ogłasza przetarg na usługę żywienia pacjentów w szpitalach w Malborku i Nowym Dworze Gdańskim. Można przyjąć, iż tylko z tego jednego powodu Zamawiający posiada wystarczającą wiedzę profesjonalną, pozwalającą na sprawne przeprowadzenie postępowania i wyłonienie wykonawcy. Tymczasem w „tegorocznej” edycji postępowania na żywienie pacjentów Zamawiający trzy razy z rzędu unieważnił kolejne postępowania, za każdym razem uznając, że dane postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, tj.:

- a) II przetarg nr PCZ.ZP.12/2020, gdzie w dniu 27 listopada 2020 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania,

b) III przetarg nr PCZ.ZP.16/2020, gdzie w dniu 16 lutego 2021 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania,

c) IV przetarg nr PCZ.ZP.05/2021, gdzie w dniu 25 maja 2021 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.

We wszystkich trzech ww. postępowaniach sytuacja była podobna: gdy w postępowaniu nie mogła wygrać oferta wskazanego konkretnego wykonawcy / wykonawców, z uwagi na fakt, że obarczona była wadą skutkującą koniecznością jej odrzucenia (na co wykazywał Odwołujący w kolejnych pismach adresowanych do Zamawiającego w trakcie trzech ww. poprzednich postępowań), Zamawiający unieważniał postępowanie, motywując to faktem popełnienia błędów w postanowieniach SWZ, i wszczynał kolejne postępowanie.

Sytuacja w aktualnym postępowaniu jest o tyle specyficzna, że w trakcie poprzedniego postępowania nr PCZ.ZP.05/2021 Zamawiający po raz pierwszy wprowadził kryterium „czas transportu posiłku” i zapoznał się z czasami dojazdu zainteresowanych wykonawców. Zgodnie bowiem z wymogami odnośnej SWZ i oświadczeniem Zamawiającego, zawartym w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania (unieważnienie IV przetargu z dnia 25 maja 2021 r.), Zamawiający analizował ten parametr w odniesieniu do trzech wykonawców, którzy złożyli oferty, tj.: Odwołującego, wykonawcy ZAZ i wykonawcy Smakpol. W poprzedniej procedurze Zamawiający również wymagał od wykonawców określenia „szacunkowego czasu dojazdu na podstawie Google Maps”. Zamawiający unieważnił poprzednie postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że: „ocena w zakresie kryterium czas transportu posiłku z miejsca jego wykonywania, do miejsca docelowego miała opierać się na podstawie szacowanego czasu na Google Maps. Podanie tylko tej informacji jest sprzeczne z art. 240 ustawy — Prawo zamówień publicznych, bowiem skoro Zamawiający wskazał, że ma to być szacunkowy czas przejazdu, powinien jednocześnie wskazać dni i godziny, w których ten pomiar czasu byłby dokonywany, i na podstawie której wykonawca mógłby wyliczyć średni czas transportu, co byłoby najbardziej obiektywne i zgodne z równym traktowaniem wykonawców. Określenie wyłącznie szacunkowy czas pozwala na nieograniczoną swobodę wyboru ofert. W trakcie oceny ofert Zamawiający próbował zweryfikować czas podany przez jednego z wykonawców, który kilkakrotnie przy użyciu Google Maps okazywał się dłuższy niż ten podany w ofercie. W takim przypadku trudno potwierdzić prawdziwość podanej informacji.”

W aktualnie prowadzonym postępowaniu (PCZ.ZP.07/2021) Zamawiający doprecyzował sposób oceny ofert w ramach kryterium „czasu transportu posiłku”, tj. wskazał, że: „Wykonawca musi wyliczyć średni czas transportu na podstawie 3 pomiarów czasu (pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz. 17-19) przez wybrane dwa dni robocze od poniedziałku do piątku.” Tym samym Zamawiający usunął wadliwość kryterium „czasu transportu posiłku”, stwierdzoną w poprzednim postępowaniu, gdyż wskazał dni i godziny, w których ten pomiar czasu ma być dokonywany, i na podstawie której wykonawca ma wyliczyć średni czas transportu. Co jednak najistotniejsze, zarówno w poprzednim jak i w aktualnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający przyjął dokładnie te same zasady punktacji w ramach kryterium „czasu transportu posiłku”, tj.:

Kryterium czas transportu posiłku	TAK	NIE
Przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00")	20 pkt.	0 pkt.
Przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00")	5 pkt.	0 pkt.

Jednak w poprzednim postępowaniu Zamawiający nie miał żadnych problemów z ustaleniem jaką liczbę punktów przyznać ofercie, w której wykonawca zadeklarował, że nie spełnia kryterium jakościowego polegającego na transporcie posiłków w czasie do 20 minut. Innymi słowy, mimo identycznych zasad punktacji przyjętych w poprzednim postępowaniu Zamawiający nie stwierdził wówczas, że: „Przyjęta trzywariantowa skala punktów pozostawiała Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Do takiego wniosku Zamawiający doszedł dopiero w aktualnie prowadzonym postępowaniu, zapewne po stwierdzeniu, że jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku oraz Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim złożył Odwołujący. Podkreślić trzeba, że przyczyna unieważnienia poprzedniego postępowania była zupełnie inna niż obecnie i została przez Zamawiającego wyeliminowana poprzez odpowiednie uzupełnienie postanowień SWZ. Mimo tego, w aktualnie prowadzonym postępowaniu, Zamawiający po otwarciu ofert dopatrywał się jeszcze innej wadliwości postępowania, której wcześniej nie dostrzegł. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że „odkryta” przez Zamawiającego rzekoma wadliwość postępowania, i to jeszcze mająca uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rzeczywistości nie istnieje a jej stwierdzenie i w konsekwencji unieważnienie postępowania ma być wyłącznie wymówką dla braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego w świetle postanowień SWZ nie ma żadnych wątpliwości jaką liczbę punktów przyznać ofercie, w której wykonawca zadeklarował, że nie spełnia kryterium jakościowego polegającego na transporcie posiłków w czasie do 20 minut. Nie jest też tak, że: „Przyjęta trzywariantowa skala punktów pozostawiała Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty”.

W świetle zapisów SWZ, w ramach kryterium „czas transportu posiłku” Zamawiający przyjął dwa szczegółowe podkryteria, tj.:

- a) podkryterium - przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00”), w ramach którego oferta wykonawcy mogła otrzymać albo 20 pkt, albo 0 pkt,
- b) podkryterium - przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00”), w ramach którego oferta wykonawcy mogła otrzymać albo 5 pkt, albo 0 pkt.

Zatem jeśli wykonawca wykazał w swojej ofercie, iż nie spełnia kryterium jakościowego polegającego na transporcie posiłków w czasie do 20 minut, to jest oczywiste, że punktacja jego oferty w kryterium „czas transportu posiłku” powinna wyglądać następująco:

- a) w ramach podkryterium - przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00”) 0 pkt (gdyż oferta nie spełnia tego podkryterium),
- b) w ramach podkryterium - przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00”) 5 pkt (gdyż oferta spełnia to podkryterium),

łącznie w ramach kryterium „czas transportu posiłku” 5 pkt.

O tym, że tak właśnie powinna wyglądać punktacja oferty w ww. sytuacji, świadczy również treść formularza ofertowego (Załącznik Nr 1 do SWZ), gdzie Zamawiający pod tabelami:

Kryterium czas transportu posiłku	TAK	NIE
Przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00”)		
Przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00”)		

zamieścił następujące pouczenie: „Proszę zaznaczyć tylko jedną opcję”. Zatem jeśli tak jak w podanym przez Zamawiającego przykładzie wykonawca zaznaczyłby opcję NIE w podkryterium - przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00”), to ramach tego podkryterium jego oferta powinna otrzymać 0 punktów, natomiast w ramach podkryterium - przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00”) jego oferta powinna otrzymać 5 pkt, gdyż jest oczywiste, że skoro według deklaracji wykonawcy przewidywany czas dojazdu nie będzie wynosił do 20 min (do 20'00”), to przewidywany czas dojazdu musi wynosić powyżej 20 min (powyżej 20'00”) - tertium non datur. Przyjęte przez Zamawiającego w SWZ podkryteria są bowiem rozłączne, zatem niespełnienie jednego z nich automatycznie powoduje, że spełnione zostaje drugie. Dlatego też właśnie w ww. tabeli w formularzu ofertowym należało zaznaczyć tylko jedną opcję - gdyż już na podstawie jednej wybranej opcji (jednej odpowiedzi) można bez żadnych wątpliwości ustalić jak brzmi odpowiedź (jaką opcję wybrano) w ramach pozostałego podkryterium. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że we wskazanej przez niego sytuacji wykonawca (czy raczej jego oferta) w kryterium „czas transportu posiłku” mógł uzyskać zarówno 0 punktów, jak również 5 punktów.

Podsumowując, w świetle postanowień SWZ jest oczywiste, że Zamawiający nie przyjął w SWZ trzywariantowej skali punktów, tylko dwuwariantową dla każdego z

podkryteriów i w żadnym wypadku skala ta nie pozostawiała Zamawiającemu

nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz ściśle określała jaką liczbę punktów w ramach danego podkryterium ma otrzymać oferta wykonawcy w zależności od tego jaki przewidywany czas dojazdu wykonawca zaoferował.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ, pomimo że ww. wykonawcy nie złożyli w przewidzianym terminie wymaganego w SWZ przedmiotowego środka dowodowego, służącego potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, oraz odnośnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów

w kryterium „czas transportu posiłku”, wskazać należy, co następuje.

Zamawiający w pkt XVIII ppkt 3 SWZ zawarł następujące postanowienia dotyczące kryterium „czas transportu posiłku”:

„3. Ocena w zakresie kryterium czas transportu posiłku z miejsca jego wykonywania,

tj. kuchnia wykonawcy do miejsca docelowego tj. szpitala w Malborku -zad.1/w Nowym

Dworze Gdańskim zad.2, na podstawie średniego szacowanego czasu na Google Maps.

Ocena zostanie dokonana w oparciu o następujące wskaźniki przelicznikowe:

Kryterium czas transportu posiłku	TAK	NIE
Przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00")	20 pkt.	0 pkt.
Przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00")	5 pkt.	0 pkt.

Przy czym Wykonawca musi wyliczyć średni czas transportu na podstawie 3 pomiarów czasu (pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz.17-19) przez wybrane dwa dni

robocze od poniedziałku do piątku. Wszystkie pomiary Wykonawca musi udokumentować (print screen) i załączyć do oferty.”

Odpowiednio do powyższego wymagania Zamawiający w pkt X ppkt 5.1) SWZ wskazał, że:

„5. Przedmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

1) Zdjęcia (print screen) pomiarów czasu na Google Maps”

Ponadto w pkt XIII, ppkt 1 SWZ Zamawiający wskazał, że: „Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między Zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie p.z.p., odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przez środki komunikacji elektronicznej rozumie się środki komunikacji elektronicznej

zdefiniowane w ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.

U. z 2019 r. poz. 123 i 730).”

Wreszcie w pkt XIV, ppkt 6 SWZ Zamawiający wskazał, że: „Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”.

Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że zgodnie z art. 107 Pzp:

1. Jeżeli Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 Pzp, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Podsumowując, w świetle powyższego nie budzi żadnych wątpliwości, że wykonawcy winni złożyć wraz z ofertą żądane przez Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe, tj. zdjęcia (print screen) pomiarów czasu na Google Maps, przedstawiające 3 pomiary czasu (pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz. 17-19) przez wybrane dwa dni robocze, osobno dla Zadania 1 - Szpital w Malborku oraz dla Zadania 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim, czyli po 6 zdjęć (print screen) dla każdego z ww. Zadań (3 pomiary czasu x dwa dni robocze). Ww. przedmiotowe środki dowodowe powinny zostać przekazane w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Ponadto, ponieważ żądane przez Zamawiającego ww. przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, nie jest możliwe wezwanie do ich złożenia lub uzupełnienia na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp.

Odwołujący, po zapoznaniu się z plikami przekazanymi przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ w ramach składania ofert, stwierdza, że ww. wykonawcy nie dostosowali się do powyższych wymagań SWZ i obowiązujących przepisów, gdyż nie złożyli wraz z ofertą wymaganych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych. O powyższym przesądzają następujące względy. Wbrew jasnym i wyraźnym postanowieniom SWZ wykonawca Smakpol nie przedstawił wymaganych zdjęć (print screen) pomiarów czasu na Google Maps przedstawiających 3 pomiary czasu (pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz. 17-19) przez wybrane dwa dni robocze, lecz tylko przez jeden i ten sam dzień roboczy, tj. 15 czerwca 2021 r. Co więcej, wszystkie zdjęcia (print screen) z 15 czerwca 2021 r. dotyczą tylko i wyłącznie trzeciego wymaganego pomiaru czasu, tj. w godz. 17-19, nie ma natomiast żadnych zdjęć (print screen) przedstawiających dwa pozostałe wymagane pomiary czasu, tj. pierwszego w godz. 8-10 i drugiego w godz. 12-14.

Wykonawca Smakpol dla Zadania 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim nie przedstawił wymaganych zdjęć (print screen) pomiarów czasu na Google Maps przedstawiających 3 pomiary czasu (pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz. 17-19) przez wybrane dwa dni robocze, lecz przez cztery różne dni robocze, tj. 9, 10, 14 i 15 czerwca 2021 r. Co więcej, gdyby nawet pominąć zdjęcia (print screen) dotyczące 9 i 10 czerwca 2021 r. i oceniać wyłącznie zdjęcia (print screen) dotyczące 14 i 15 czerwca 2021 r., to i tak wymóg SWZ nie jest spełniony, gdyż zdjęcia (print screen) dotyczące 14 i 15 czerwca 2021 r. przedstawiają pierwszy pomiar czasu (tj. w godz. 8-10) tylko i wyłącznie w dniu 15 czerwca 2021 r., czyli nie przez wybrane dwa dni robocze jak tego wymagano w SIWZ.

Wykonawca ZAZ dla Zadania 1 - Szpital w Malborku nie przedstawił wymaganych zdjęć (print screen) pomiarów czasu na Google Maps przedstawiających 3 pomiary czasu

(pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz. 17-19) przez wybrane dwa dni robocze, lecz przez cztery różne dni robocze, tj. 10, 11, 14 i 15 czerwca 2021 r. Co więcej, gdyby nawet pominąć zdjęcia (print screen) dotyczące 10 i 14 czerwca 2021 r. i oceniać wyłącznie zdjęcia (print screen) dotyczące 11 i 15 czerwca 2021 r., to i tak wymóg SWZ nie jest spełniony, gdyż zdjęcia (print screen) dotyczące 11 i 15 czerwca 2021 r. przedstawiają tylko pierwszy i drugi pomiar czasu (tj. pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14), nie ma natomiast żadnych zdjęć (print screen) z tych dni przedstawiających pozostały wymagany pomiar czasu, tj. trzeci w godz. 17-19.

Ponadto pliki zawierające zdjęcia (print screen) pomiarów czasu na Google Maps, złożone przez wykonawcę ZAZ, nie zostały opatrzone jakimkolwiek podpisem elektronicznym, w szczególności nie zostały opatrzone ani kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

ani podpisem zaufanym, ani podpisem osobistym, niezgodnie z przepisami powołanymi

powyżej. Tym samym ww. zdjęcia (print screen) nie spełniają wymagań co do formy.

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że wykonawca Smakpol oraz wykonawcę ZAZ nie złożyli w przewidzianym terminie wymaganych w SWZ przedmiotowych

środków dowodowych, służących potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zatem w świetle Pzp już samo niezłożenie wymaganego przedmiotowego środka dowodowego powoduje konieczność odrzucenia oferty. Odwołujący podkreśla tutaj raz jeszcze, że Pzp w art. art. 107 ust. 3 całkowicie wyłącza możliwość uzupełnienia

przedmiotowych środków dowodowych, które są składane na potwierdzenie zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Regulacja ta oddaje zatem w pełni dotychczasową i ugruntowaną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, która zabraniała uzupełniania oświadczeń bądź dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

Zatem w świetle przepisów Pzp brak w ofertach wykonawcy Smakpol oraz wykonawcy ZAZ wymaganych przedmiotowych środków dowodowych ma charakter nieusuwalny i powoduje konieczność ich odrzucenia.

Odnosząc się do sformułowanego wyłącznie z daleko idącej ostrożności procesowej

zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”, Odwołujący wskazuje, iż zarzut ten został sformułowany jedynie na wypadek gdyby Krajowa Izba

Odwoławcza doszła do przekonania, iż w zaistniałym stanie faktycznym brak w ofertach wykonawcy Smakpol oraz wykonawcy ZAZ przedmiotowych środków dowodowych nie

powoduje konieczność ich odrzucenia. Jeśli Izba doszłaby do takiej konkluzji, to Odwołujący wskazuje, że w świetle SWZ konieczne byłoby wówczas przyznanie ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”. Skoro bowiem niezłożone przez ww. wykonawców przedmiotowe środki dowodowe (tj. zdjęcia (print screen) pomiarów czasu na Google Maps) były wymagane na potwierdzenie zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, a dokładnie w opisie kryterium „czas transportu posiłku”, to jest oczywiste, że wobec braku ww. przedmiotowych środków dowodowych oferty złożone przez ww. wykonawców nie powinny otrzymać jakichkolwiek punktów w ramach ww. kryterium. Za powyższym przemawia cel żądania ww. przedmiotowych środków dowodowych, którym było potwierdzenie deklaracji złożonej przez wykonawcę w formularzu ofertowym co do oferowanego czasu transportu posiłku, niezależnie od tego, czy wykonawca zadeklarował tam przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00”) czy też przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00”). Zamawiający wskazał na to jasno i wyraźnie w SIWZ, stwierdzając, że: „Wszystkie pomiary Wykonawca musi udokumentować (print screen) i załączyć do oferty.” Za niedopuszczalną i sprzeczną z ww. przepisami oraz postanowieniami SWZ uznać zatem należy sytuację, w której wykonawca, który nie złożyłby ww. przedmiotowych środków dowodowych i tak otrzymałby punkty w ramach w kryterium „czas transportu posiłku”.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, wskazać należy, co następuje.

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania a ponadto oferty złożone przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego (ewentualnie ww. ofertom Zamawiający winien przyznać 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”), Zamawiający, zarówno w Zadaniu 1 - Szpital w Malborku jak i w Zadaniu 2 - Szpital w Nowym Dworze Gdańskim, jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący za wyrokiem Izby z 25 września 2017 r., KIO 1928/17, wskazuje, że: „Z rozpatrywanych łącznie norm art. 93 ust. 3 pkt 2 i art. 192 ust. 7 p.z.p. (obecnie art. 260 ust. 1 i art. 555 Pzp - przyp. Odwołującego) wynika, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego o unieważnieniu postępowania, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych wykonawcy w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia.” Zamawiający jest bowiem związany podanym wykonawcy uzasadnieniem faktycznym i prawnym unieważnienia i nie może go rozszerzać ani uzupełniać po wniesieniu odwołania. Ponadto z oczywistych względów odwołanie nie będzie dotyczyć kwestii podniesionych przez zamawiającego dopiero w ramach rozszerzenia czy uzupełnienia uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania. Izba natomiast jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętej czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia

granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Z tego względu Odwołujący już teraz wnosi o pominięcie przez Izbę wszelkich ewentualnych dodatkowych okoliczności czy argumentów Zamawiającego, które będą wykraczały poza to, co zostało zakomunikowane wykonawcom w uzasadnieniu faktycznym i prawnym unieważnienia postępowania.

W dniu 18 października 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505

ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego na rozprawie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofertom złożonym przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ 0 punktów w kryterium „czas transportu posiłku”, oraz wycofaniem przez Odwołującego na rozprawie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Smakpol oraz przez wykonawcę ZAZ, pomimo, że ww. wykonawcy nie złożyli w przewidzianym terminie wymaganego w SWZ przedmiotowego środka dowodowego, służącego potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 240 Pzp w zw. z art. 266 Pzp

poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w powyższym zakresie.

Zamawiający w dniu 17 września 2021 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 Pzp wskazując, iż postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba zauważyła (jak też podkreślił to Odwołujący), iż treść przywołanego przepisu odpowiada art. 255 pkt 6 Pzp, a nie jak wskazał Zamawiający, nieistniejącemu art. 255 ust. 1 pkt 6 Pzp. Jednakże, po analizie treści oświadczenia Zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że intencją Zamawiającego było powołanie się na art. 255 pkt 6 Pzp - zgodnie z przywołaną jego treścią, a błędnie wskazany artykuł stanowił oczywistą omyłkę pisarską.

W uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że: Zgodnie z przepisami zamawiający powinien opisać kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały (art. 240 ust. 1 ustawy Pzp). Dodatkowo „kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji.

Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji” (wyrok z dnia 23 kwietnia 2015 r., KIO 712/15).

W prowadzonym postępowaniu w SWZ zamawiający określił kryterium dot. czasu transportu posiłku w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę ofert:

1. Ocena w zakresie kryterium „czas transportu posiłku” z miejsca jego wykonywania, tj. kuchnia wykonawcy do miejsca docelowego tj. szpitala w Malborku — zad. I/w Nowym Dworze Gdańskim zad.2, na podstawie średniego szacowanego czasu na Google Maps. Ocena zostanie dokonana w oparciu o następujące wskaźniki przelicznikowe:

Kryterium „czas transportu posiłku”	TAK	NIE
Przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00")	20 pkt.	0 pkt.
Przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00")	5 pkt.	0 pkt.

Przy czym Wykonawca musi wyliczyć średni czas transportu na podstawie 3 pomiarów czasu (pierwszy w godz. 8-10, drugi w godz. 12-14, trzeci w godz. 17-19) przez wybrane dwa dni robocze od poniedziałku do piątku. Wszystkie pomiary Wykonawca musi udokumentować (print screen) i załączyć do oferty.

Wprowadzając wskazane kryterium Zamawiający przewidział dwie opcje umożliwiające uzyskanie przez Wykonawcę określonej ilości punktów w trzech wariantach — 20 pkt.; 5 pkt.; 0 pkt. Zastosowane kryterium nie wypełnia przesłanek określonych w art. 240 ustawy — Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym kryteria winny być opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały i nie mogą zamawiającemu pozostawić nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty.

W trakcie oceny ofert zamawiający dokonując ich weryfikacji powziął wątpliwości, bowiem przy założeniu, że Wykonawca wykazując, iż nie spełnia kryterium jakościowego polegającego na transporcie posiłków w czasie do 20 minut mógł uzyskać zarówno 0 punktów, jak również 5 punktów. Przyjęta trzywariantowa skala punktów pozostawiała Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania postanawia jak na wstępie i unieważnia postępowanie jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby zarzut odwołania należy uznać za zasadny.

Zgodnie z art. 240 ust. 1 Pzp Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Z kolei ust. 2. wskazuje, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz muszą umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazać należy, iż art. 255 Pzp wprowadza obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia jednej z określonych w nim przesłanek. Brzmienie przepisu jednoznacznie wskazuje na to, iż w razie zaistnienia opisanej w nim

okoliczności unieważnienie postępowania o udzielenie Zamówienia nie jest jedynie

uprawnieniem Zamawiającego, ale jego obowiązkiem, ponieważ wskazany w art. 255 Pzp katalog podstaw unieważnienia postępowania ma charakter obligatoryjny. W przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 Pzp, Zamawiający będzie miał obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące okoliczności:

po pierwsze, postępowanie musi być obciążone wadą o nieusuwalnym charakterze, po

drugie wada taka, musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w

sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą do unieważnienia postępowania jest zatem obciążenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dopuszczalność bowiem usunięcia wady postępowania, powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej

unieważnieniu.

Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez Zamawiającego. Dostrzec należy, że do zastosowania tego przepisu wystarczające jest ustalenie, że umowa może podlegać unieważnieniu (tzw. nieważność względna umowy). Nie jest wymagane ustalenie, że umowa będzie bezwzględnie nieważna, tj. od momentu jej zawarcia, ale należy brać pod uwagę również przypadki zawarcia umowy obciążonej nieważnością bezwzględną, np. z przyczyn określonych w art. 58 KC. (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak 2021).

Kwestie obligatoryjnych przesłanek unieważnienia umowy reguluje art. 457 ust. 1 Pzp, których okoliczności zastosowania szeroko omówił Odwołujący w treści odwołania, i które w tym zakresie Izba w pełni podziela, przyjmując je za własne, bez konieczności powielania przywołanej argumentacji.

W art. 457 ust. 1 Pzp wskazane zostały przypadki rażącego naruszenia przepisów Pzp w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. W sytuacji ich wystąpienia, jeśli nie są spełnione okoliczności, określone w ust. 2, umowa podlega unieważnieniu. Możliwość unieważnienia umowy z powodu wskazanych w tym przepisie naruszeń podyktowana jest nadrzędnością interesu publicznego, polegającego na eliminowaniu z obrotu umów zawartych z rażącym naruszeniem prawa lub jawnym obejściem prawa, nad interesami ekonomicznymi poszczególnych jednostek dystrybuujących środki publiczne (por. wyr. SA z 20 września 2013 r., I ACa 391/13, Legalis). Przy czym samo naruszenie przepisów Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia, niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 457 ust. 1, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że okoliczności przedmiotowej sprawy nie stanowią podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Powyższe oznacza, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał unieważnienia postępowania, co czyni

zasadnym zarzut odwołania.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania, Zamawiający wskazał, że jedno z kryteriów oceny ofert dotyczyło czasu transportu posiłku i zostało określone w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę ofert, ponieważ przyjęta trzywariantowa skala punktów pozostawiała Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, czym Zamawiający naruszył postanowienia art. 240 Pzp. „Wykonawca wykazując, iż nie spełnia kryterium jakościowego polegającego na transporcie posiłków w czasie do 20 minut mógł uzyskać zarówno 0 punktów, jak również 5 punktów, a zatem postępowanie, jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podlegało unieważnieniu”.

W ocenie Izby powyższa argumentacja nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W zakresie kryterium oceny ofert „czas transportu posiłków” Zamawiający dokonał opisu sposobu przyznawania punktów w oparciu o dwa wskaźniki przeliczeniowe: „Przewidywany czas dojazdu do 20 min (do 20'00”) oraz „Przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00”)”. W formularzu ofertowym Zamawiający wskazał, aby wykonawca zaznaczył tylko jedną opcję, jednakże nigdzie nie zdefiniował, jak należy rozumieć określenie „jedna opcja”. Wykonawcy byli zatem uprawnieni, aby uznać iż opcją jest odniesienie się wyłącznie do jednej z wartości wskazanego przedziału czasowego określonego w SWZ jako wskaźnik przeliczeniowy i zaznaczenie odpowiednio (TAK/NIE) wyłącznie dla jednego wiersza tabeli (tak jak uczynił to Odwołujący), jak i również byli uprawnieni, aby uznać że opcją jest zaznaczenie w każdym wierszu odnoszącym się do wskazanego przedziału czasowego odpowiednio tylko jednej wartości TAK lub NIE - jako jednej opcji dla przyjętych wskaźników przeliczeniowych (tak jak uczynili to pozostali wykonawcy).

W świetle braku definicji określenia „jedna opcja” oba sposoby wypełnienia tabeli zaprezentowane przez wykonawców były uprawnione.

Podkreślenia wymaga również, że w każdym ze wskaźników przeliczeniowych wartość punktowa powyżej „0” pkt przyznawana była wyłącznie za odpowiedź „TAK”, co całkowicie obala twierdzenie Zamawiającego, iż „Wykonawca wykazując, iż nie spełnia kryterium jakościowego polegającego na transporcie posiłków w czasie do 20 minut mógł uzyskać zarówno 0 punktów, jak również 5 punktów”. W takim przypadku, Wykonawca winien uzyskać 5 pkt - zgodnie z treścią SWZ (zaznaczając TAK w pozycji „Przewidywany czas dojazdu powyżej 20 min (powyżej 20'00”)”), co jak słusznie zauważył Odwołujący - przyjęte przez Zamawiającego w SWZ podkryteria są rozłączne, zatem niespełnienie jednego z nich automatycznie powoduje, że spełnione zostaje drugie zgodnie z zasadą tertium non datur.

Wobec powyższego, nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż kryterium oceny ofert „czas transportu posiłków” daje Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej, czym Zamawiający naruszył art. 240 Pzp. Jedyną nieścisłością jaką można zarzucić zamawiającemu w ramach tego kryterium, to brak doprecyzowania określenia „jedna opcja”, którą wykonawcy mieli wskazać w formularzu oferty, przez co w taki sam sposób wypełniliby tabelę dla czasu transportu posiłków. Jednakże podkreślić należy, że nawet przy jednoznacznym wyjaśnieniu jak należy interpretować określenie „jedna opcja” pozostawałoby to bez wpływu na sposób obliczania przyznanych punktów.

Izba, analizując stan sprawy, Izba nie dopatrzyła się wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp było niezasadne.

Izba pominęła argumentację, podniesioną dopiero w odpowiedzi na odwołanie w zakresie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, odnoszącej się do różnic pomiędzy postanowieniami SWZ a treścią oświadczeń oraz podniesioną na rozprawie w zakresie naruszenia art. 457 ust. 1 Pzp, jako nieobjętą treścią uzasadnienia unieważnienia postępowania, do której Odwołujący nie mógł się odnieść w treści odwołania. Dodatkowo Izba wskazuje, że nowe argumenty Zamawiającego nie zostały uzasadnione.

Izba za nieprzydatne dla sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego, które dotyczyły poprzedniego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w tej samej sprawie. Postępowanie to zostało unieważnione przez Zamawiającego, a unieważnienie dotyczyło innej podstawy faktycznej. W związku z unieważnieniem postępowania, Zamawiający nie przyznawał punktów w ramach kryterium oceny ofert „czas transportu posiłku”, mógł zatem nie dostrzec okoliczności, która stała się postawą unieważnienia analizowanego postępowania.

Wobec powyższego, zarzut unieważnienia postępowania pomimo, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należało uznać za zasadny.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, uznając go za przedwczesny.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Zgodnie z art. 239 Pzp ust. 1 Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 239 ust 2 Pzp mówi, że najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 266 Pzp do przygotowania i prowadzenia przez Zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, tj. w wariantcie w którym po dokonaniu oceny ofert, Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający oświadczył, iż wobec unieważnienia postępowania, nie dokonywał oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Izby, wobec braku dokonania przez Zamawiającego czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, jednocześnie wobec braku oceny żadnej ze złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego, nie można Zamawiającemu zarzucić zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Wybór oferty najkorzystniejszej jest czynnością następującą w stosunku do oceny ofert. Oferta Odwołującego nie została jeszcze oceniona przez Zamawiającego, nie zaistniały zatem przesłanki uzasadniające zaniechanie jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Reasumując, wobec braku oceny oferty Odwołującego, zarzut zaniechania jej wyboru jako najkorzystniejszej w ocenie Izby stanowi zarzut przedwczesny i podlegający oddaleniu.

Wobec powyższego należało orzec 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. b, § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 oraz § 9 ust. 3 pkt 3 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).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części % oraz Odwołującego w części %. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (łącznie 11 100 zł).

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nieuzasadnionego unieważnienia postępowania oraz oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł stanowiącą % kosztów wpisu od odwołania oraz % kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, stanowiących koszty postępowania za jakie odpowiadał Zamawiający w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:.....