Sygn. akt: KIO 875/22

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. w Karczewie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu niezgodności treści tej oferty z postanowieniem § 2 ust. 7 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach kwotę 18.736 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy siedmiuset trzydziestu sześciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 875/22

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

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest usługa żywienia pacjentów szpitala w systemie bemarowym z pełną obsługą pacjenta w ciągu 24 miesięcy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 grudnia 2021 r., nr 2021/S 251-667119.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 28 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej lzby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Jol Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, zwani dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art . 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. o., pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem z formularza ofertowego wykonawcy wynika, że dokonał on podziału dziennej stawki żywieniowej w sposób niezgodny z projektowanymi postanowieniami umowy;

2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez przyznanie wykonawcy 36,14 pkt w kryterium oceny ofert wartość wsadu do kotła.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) odrzucenia oferty wykonawcy Super Buffet sp. z o.o., ewentualnie przyznanie ofercie tego wykonawcy 0 punktów w kryterium oceny ofert;

3) dokonania ponownej oceny ofert;

4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku nr 6 do SWZ (projekt umowy) w § 2 ust. 7 przewidział, że dzienna stawka żywieniowa będzie podzielona na: śniadanie 30-35%, obiad 40%-45%, kolacja 25%-30%. Zgodnie z tym wymaganiem miała być realizowana usługa. Tymczasem wykonawca Super Buffet sp. z o.o.

w formularzu ofertowym zaoferował wykonanie zamówienia za cenę jednostkową netto za 1 osoboposiłek/osobodzień 25,32 zł netto, na którą składa się: śniadanie 7,60 zł netto, obiad 12,66 zł netto, kolacja 5,06 zł netto. Zatem ceny jednostkowe poszczególnych posiłków stanowią odpowiednio: 30,02%, 50% oraz 19,98% stawki żywieniowej. Zdaniem odwołującego, wykonawca dokonał złego podziału ceny, albowiem stawki żywieniowe dla obiadu i kolacji nie odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ. Wykonawca naruszył tę równowagę, co czyni jego ofertę niezgodną z SWZ. W konsekwencji, oferta wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący argumentował, że warunki zamówienia zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Pzp jako warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym niezgodność oferty z § 2 ust. 7 załącznika nr 6 do SWZ powoduje niezgodność z warunkami zamówienia i powinna prowadzić do odrzucenia oferty. Odwołujący podkreślał, że podział stawki żywieniowej był istotny, bowiem według tego podziału będzie rozliczana usługa zgodnie z § 2 ust. 8 projektu umowy.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał wskazania w formularzu ofertowym łącznej wartości wsadu do kotła w cenie oferty. Informacja ta była istotna, bowiem wartość wsadu do kotła stanowiła zgodnie z punktem 16 SWZ kryterium oceny ofert. Ponadto w przypadku, gdy wartość wsadu do kotła jest niższa niż 30% ceny jednego osoboposiłku na dzień, zamawiający zobowiązał się odrzucić ofertę.

Odwołujący argumentował, że punkty w tym kryterium miały być przyznane według wzoru:

K= (Cof/Cmax) * 40, gdzie:

K - liczba punktów badanej oferty;

Cof - cena brutto wsadu do kotła badanej oferty;

Cmax - najwyższa cena brutto wsadu do kotła spośród wszystkich ofert.

Odwołujący wskazał, że wykonawca zaoferował w formularzu ofertowym, że łączna wartość wsadu do kotła w cenie oferty wynosi 12,25 zł brutto. Odwołujący wskazali jako łączną wartość wsadu do kotła w cenie oferty: 1.340.453,45 zł. Zdaniem odwołującego, zastosowanie ww. wzoru powinno prowadzić do przyznania wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. 0 punktów, bowiem: (12,25/1340453,45) * 40 = 0,000009138 * 40 = 0,00036552.

Odwołujący argumentował, że zamawiający nie poprawił oferty Wykonawcy. Poprawienie oferty było niemożliwe, z uwagi na fakt nieoczywistości omyłki. Zdaniem odwołującego nie sposób stwierdzić bez żadnych wątpliwości, czy błąd polega na braku pięciu zer, co dałoby kwotę: 1.200.000,25 zł czy na braku trzech zer i niewłaściwym umiejscowieniu przecinka co dałoby kwotę: 1.225 000,00 zł. Zdaniem odwołującego w takiej sytuacji oferta Wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. powinna zostać oceniona według jej literalnej treści.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i 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 (SWZ), wyjaśnienia treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Super Buffet sp. z o.o., ofertę odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 16 marca 2022 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. 7 pkt 29 ustawy Pzp stanowi, że Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach

zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

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. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa żywienia pacjentów szpitala w

systemie bemarowym z pełną obsługą pacjenta w ciągu 24 miesięcy.

Ustalono, że w pkt 16 SWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert następująco:

1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie podlegają odrzuceniu.

2. Zamawiający będzie oceniał oferty według następujących kryteriów:

Nr.	Nazwa kryterium	Waga
1	Cena brutto oferty	60 %
2	Wartość wsadu do kotła	40 %

Maksymalna liczba punktów, którą może otrzymać oferta wynosi 100 (sto).

3. Punkty przyznawane za podane w pkt 2 kryteria będą liczone według następujących wzorów

a) Kryterium: Cena brutto oferty

Liczba punktów w kryterium „Cena brutto oferty" będzie wyliczana według wzoru:
p = (Cmin/Cof) * 60 gdzie:

- P - Liczba punktów badanej oferty
- Cmin - najniższa cena brutto spośród wszystkich ofert
- Cof- cena brutto badanej oferty

Maksymalna liczba punktów „P", jakie może uzyskać oferta w tym kryterium to: 60 pkt

b) Kryterium: Wartość wsadu do kotła

Liczba punktów w kryterium „Wartość wsadu do kotła" będzie wyliczana według wzoru:

K = (Cof/Cmax) * 40 gdzie:

- K - Liczba punktów badanej oferty

- Cof- cena brutto wsadu do kotła badanej oferty

- Cmax - najwyższa cena brutto wsadu do kotła spośród wszystkich ofert

Maksymalna liczba punktów „K", jakie może uzyskać oferta w tym kryterium to: 40 pkt

(...)

4. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta niepodlegająca odrzuceniu, która uzyska największą liczbę punktów ostatecznych stanowiącą sumę punktów ww. kryteriach, tj.:

W = P +K

gdzie:

P — liczba punktów badanej oferty w kryterium Cena brutto oferty

K — liczba punktów badanej oferty w kryterium Wartość wsadu do kotła
W — ostateczna liczba punktów badanej oferty

Ustalono także, że w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ zamawiający przewidział m.in.:

§ 2

7. Stawka żywieniowa:

1) śniadanie - 30% -35 % stawki żywieniowej;

2) obiad - 40% - 45 % stawki żywieniowej;

3) kolacja - 25% - 30 % stawki żywieniowej.

8. Rozliczenie za świadczoną usługę będzie następować na podstawie ilości faktycznie zamówionych posiłków, z uwzględnieniem zgłaszanych korekt.

Ustalono również, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w zakresie usługi żywienia, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ zamawiający przewidział m.in.

6. Procentowe zabezpieczenie na energię dziennej racji pokarmowej winno być w przedziałach: śniadanie 30% - 35 %, obiad 40 % - 45 %, kolacja 25% - 30 %. Liczby wydawanych śniadań, obiadów i kolacji będą się różniły ze względu na osobne rozliczanie poszczególnych posiłków (średnio dziennie ok. 135 osobo-posiłków).

(dowód: ww. dokumenty zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym, w aktach sprawy).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły oferty odwołującego i wykonawcy Super Buffet sp. z o.o.

Wykonawca Super Buffet sp. z o.o. w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje wykonanie zamówienia, zgodnie z wymogami specyfikacji warunków zamówienia za cenę:

Prognozowana liczba osobo- posiłków /osobo-dni w ciągu 24 m-cy. Dopuszczalne przekroczenie do 10%	Cena jednostkowa netto za 1 osobo-posiłek/ osobodzień w zł	Wartość netto w ciągu 24 m-cy w zł	Wartość Brutto w ciągu 24 m-cy w zł	Łączna wartość wsadu do kotła w cenie oferty
98 850	25,32	2 502 882,00	2 703 112,56	12,25

w tym:

Śniadanie 7,60 (zł netto) 8,21 (zł brutto),
Obiad 12,66 (zł netto) 13,67 (zł brutto),
Kolacja 5,06 (zł netto) 5,47 (zł brutto).

Odwołujący w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje wykonanie zamówienia, zgodnie z wymogami specyfikacji warunków zamówienia za cenę:

Prognozowana liczba osobo- posiłków /osobo-dni w ciągu 24 m-cy. Dopuszczalne przekroczenie do 10%	Cena jednostkowa netto za 1 osobo-posiłek/ osobodzień w zł	Wartość netto w ciągu 24 m-cy w zł	Wartość Brutto w ciągu 24 m-cy w zł	Łączna wartość wsadu do kotła w cenie oferty
98 850	31,39	3 102 901,50	3 351 133,62	1 340 453,45

w tym:

Śniadanie 9,73 (zł netto) 10,51 (zł brutto),

Obiad 13,81 (zł netto) 14,91 (zł brutto),

Kolacja 7,85 (zł netto) 8,48 (zł brutto).

(por. oferty ww. wykonawców, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że pismem z 16 marca 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu faktycznym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał, że wykonawcy uzyskali następującą punktację:

Nr oferty	Nazwa i dane wykonawcy	Cena oferty brutto - punkty	Wartość wsadu do kotła - punkty	Suma punktów
1	odwołujący	48,40	40,00	88,40
2	Wykonawca Super Buffet sp. z o.o.	60,00	36,14	96,14

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. w Karczewie, której treść nie odpowiadała postanowieniu § 2 ust. 7 wzoru umowy.

Wykonawca Super Buffet sp. z o.o. w formularzu ofertowym zaoferował wykonanie zamówienia za cenę jednostkową netto za 1 osoboposiłek/osobodzień - 25,32 zł netto, na którą składało się: śniadanie - 7,60 zł netto, obiad -12,66 zł netto, kolacja - 5,06 zł netto. Zatem ceny jednostkowe poszczególnych posiłków stanowiły odpowiednio: 30,02%, 50% oraz 19,98% ceny jednostkowej netto za 1 osoboposiłek/osobodzień. Tak ustalona treść oferty wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. okazała się niezgodna z postanowieniem § 2 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia. W postanowieniu tym zamawiający wymagał, aby dzienna stawka żywieniowa została podzielona i wynosiła:

1) śniadanie - 30% -35 % stawki żywieniowej;

2) obiad - 40% - 45 % stawki żywieniowej;

3) kolacja - 25% - 30 % stawki żywieniowej.

Postanowienie § 2 ust. 7 wzoru umowy okazało się jasne i nie powinno budzić wątpliwości. Wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, w postanowieniu tym nie było mowy o podziale procentowym „zabezpieczenia na energię dziennej racji pokarmowej", ale o „stawce żywieniowej". Z powyższym postanowieniem korespondowały postanowienia wzoru formularza ofertowego, w którym należało ujawnić rozbicie ceny jednostkowej netto za 1 osobodzień/osoboposiłek na ceny netto i brutto dla śniadania, obiadu i kolacji. Jak słusznie wskazał odwołujący w trakcie rozprawy w orzecznictwie sądów było już wcześniej analizowane pojęcie stawki żywieniowej. W orzecznictwie tym pojęcie to rozumiano jako kwota przysługująca za dany posiłek, a nie jako „zabezpieczenie na energię dziennej racji pokarmowej". W tym kontekście odwołujący trafnie przywołał choćby wyrok Sądu Najwyższego - Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 22 kwietnia 1998 r., sygn. akt I PKN 56/98.

Rzeczywiście w innym postanowieniu SWZ, to jest w pkt 6 załącznika nr 7 do SWZ (opisie przedmiotu zamówienia) zamawiający sformułował wymaganie, że Procentowe zabezpieczenie na energię dziennej racji pokarmowej winno być w przedziałach: śniadanie 30% - 35 %, obiad 40 % - 45 %, kolacja 25% - 30 %. Liczby wydawanych śniadań, obiadów i kolacji będą się różniły ze względu na osobne rozliczanie poszczególnych posiłków (średnio dziennie ok. 135 osobo-posiłków). Przywołane postanowienie formułowano zupełnie inne,

równoległe wymaganie, które należało spełnić. Czym innym jest bowiem zabezpieczenie na energię dziennej racji pokarmowej, a więc pojęcie odnoszące się do ilości energii i składników odżywczych w posiłkach, a czym innym jest stawka żywieniowa, a więc pojęcie odnoszące się do kwot za ten posiłek.

Być może intencja zamawiającego przy konstruowaniu § 2 ust 7 wzoru umowy była inna i chodziło mu o podział procentowy zabezpieczenia na energię racji pokarmowej na poszczególne posiłki. Jednakże intencje te nie znalazły przełożenia na treść postanowienia § 2 ust. 7 wzoru umowy, gdzie jednoznacznie była mowa o stawce żywieniowej. Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający winien badać zgodność treści oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, a nie z intencjami niewynikającymi z tych postanowień specyfikacji. Skoro zamawiający sfomułował w SWZ określone wymaganie, to jego rolą w trakcie badania i oceny oferty było przeanalizowanie zgodności oferty z tym postanowieniem, czego nie dokonał. Zamawiający tym samym naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców. Identycznie potraktował odwołującego, który do postanowienia się zastosował jak i wykonawcę Super Buffet sp. z o.o., który sporne wymaganie zignorował.

Dostrzeżenia wymagało również, że niezgodność treści oferty z projektowanymi postanowieniami umowy należało traktować jako niezgodność z „warunkami zamówienia", w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Na gruncie ustawy Pzp pod pojęciem warunków zamówienia należało rozumieć także projektowane postanowienia umowy. Powyższe wynikało jednoznacznie z przepisu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp który stanowi, że Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że omawiana niezgodność oferty wykonawcy Super Buffet sp. z o.o. z warunkami zamówienia miała charakter istotny. Jak wynikało bowiem z § 2 ust. 8 wzoru umowy, wynagrodzenie wykonawcy będzie kształtowane w ten sposób, że zamawiający będzie zliczał faktycznie wydane śniadania, obiady i kolacje, których liczba w okresie rozliczeniowym może ulegać zmianie. Na powyższe zwracał uwagę odwołujący w odwołaniu, jak również w trakcie rozprawy, co nie było kwestionowane przez zamawiającego. Prawidłowe wskazanie przez wykonawcę proporcji cen poszczególnych posiłków, na gruncie omawianej SWZ, nie miało zatem jedynie charakteru informacyjnego, gdyż wpływało na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

Izba nie rozpoznawała drugiego zarzutu podniesionego przez odwołującego. Jak wynikało z treści odwołania odwołujący w pierwszej kolejności domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Super Buffet jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Jedynie ewentualnie domagał się przyznania temu wykonawcy 0 punktów w kryterium oceny ofert „wartość wsadu do kotła". Skoro pierwszy, główny zarzut odwołującego okazał się trafny, a oferta wykonawcy Super Buffet podlegała odrzuceniu, to zgodnie z pkt 16 ppkt 1 SWZ nie powinna podlegać ocenie, w tym również w zakresie kryterium „wartość wsadu do kotła". W pkt 16.1 SWZ zamawiający wskazał bowiem, że oceni i porówna jedynie te oferty, które nie podlegają odrzuceniu. Ponieważ pierwszy, główny zarzut odwołującego znalazł potwierdzenie, a oferta wykonawcy Super Buffet podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, to brak było podstaw do rozpoznawania drugiego zarzutu sformułowanego przez odwołującego jako ewentualny.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), 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 uwzględnienia 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 Pzp 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 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia 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 stwierdzone naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Super Buffet sp. z o.o., w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, 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 uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł, koszt opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw w kwocie 34 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 102 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b, d 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).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....