Sygn. akt: KIO 1566/22

WYROK

z dnia 28 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i K. G. i Z. G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Gomi Z. G. i K. G. z siedzibą w Poniatowej u. Modrzewiowa 4 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie, ul. Ceramiczna 1

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i K. G. i Z. G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Gomi Z. G. i K. G. z siedzibą w Poniatowej u. Modrzewiowa 4 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie, ul. Ceramiczna 1 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i K. G. i Z. G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Gomi Z. G. i K. G. z siedzibą w Poniatowej u. Modrzewiowa 4 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i K. G. i Z. G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Gomi Z. G. i K. G. z siedzibą w Poniatowej u. Modrzewiowa 4 na rzecz zamawiającego Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie, ul. Ceramiczna 1 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

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 KIO 1566/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 084-227840 z dnia 29.04.2022 r.

W dniu 2 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 13 czerwca 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i K. G. i Z. G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Gomi Z. G. i K. G. z siedzibą w Poniatowej u. Modrzewiowa 4. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia czerwca 2022 r. udzielonego przez obu wspólników spółki cywilnej, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z umowy spółki. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 13 czerwca 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) 239 ust. 1 i 2 w zw. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez wadliwą ocenę oferty wybranego wykonawcy polegającą na uznaniu przez zamawiającego, że treść tejże oferty jest zgodna z warunkami zamówienia i wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy treść tejże oferty jest niejednoznaczna i budzi wątpliwości, a owa niejednoznaczność i ww. wątpliwości mogły zostać usunięte przed wyborem ww. oferty jako najkorzystniejszej, gdyby zamawiający zwrócił się do wykonawcy Niro o stosowane wyjaśnienia;

2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez wadliwą ocenę oferty wybranego wykonawcy polegającą na uznaniu przez zamawiającego, że treść oferty wybranego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia oraz z Ustawą i nie wymaga wyjaśnienia, podczas gdy oświadczenia wybranego wykonawcy, co do treści jego oferty, budzą co najmniej wątpliwości, czy:

a) wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia zgodną w warunkami i zasadami określonymi w SWZ, w tym w szczególności, czy wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia wraz z wybraną przez siebie infrastrukturą (instalacją gazową), która to infrastruktura nie jest udostępniana przez zamawiającego;

b) wybrany wykonawca rozpocznie realizację zamówienia na zasadach określonych w SWZ w terminie oznaczonym w SWZ;

3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1, art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez zaniechanie powzięcia wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę i zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny mimo, że zamawiający - w związku z oświadczeniami złożonymi przez wybranego wykonawcę, - powinien być powziąć wątpliwości, czy zaoferowana przez tegoż wykonawcę cena umożliwia realizację zamówienia zgodnie z warunkami, ustalonymi w dokumentacji postępowania oraz nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający w szczególności powinien powziąć wątpliwości, czy:

a) cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę uwzględnia odpowiednie koszty:

i. odkupu lub montaży instalacji gazowej, wybranej przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia;

ii. energii niezbędnej do wytworzenia posiłków;

iii. wyposażenia kuchni w kotły i piece tj. koszty infrastruktury, niezbędnej do realizacji zamówienia, które to koszty przyjęte przez wybranego wykonawcę do obliczenia ceny ofertowej, mogą być zaniżone względem warunków zamówienia,

b) ilość żywionych osób, przyjęta przez wybranego wykonawcę do ustalenia ceny za realiza-

cję zamówienia jest zgodna z warunkami zamówienia; i z uwagi na powyższe powinien był wezwać ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny.

4) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej tj.:

a) wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, której:

i. treść budzi wątpliwości, co do zgodności z warunkami postępowania i Ustawą;

ii. której cena budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
b) zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty odwołującego i wybór, jako najkorzystniej w postępowaniu, oferty złożonej przez innego wykonawcę.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) wezwanie wykonawcy Niro do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zgodności treści oferty z warunkami zamówienia;

3) wezwanie wykonawcy Niro do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny;

4) ocenę ww. wyjaśnień i - w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia wątpliwości, o których mowa powyżej - odrzucenie oferty wykonawcy: jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia lub U\ustawą lub zawierającej rażąco niską cenę;

5) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący oświadczył, że ma interes w złożeniu tego odwołania, gdyż jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia i ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto, w razie uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego jako oferta z najkorzystniejsza oceną zgodnie z kryteriami ustalonymi w postępowaniu oraz oferta niepodlegająca odrzuceniu i złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał ponadto, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z ustawą ocena ofert złożonych w postępowaniu, a w rezultacie wybór jako najkorzystniejszej oferty, która może podlegać odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia tego odwołania, oferta złożona przez odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, co doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Niezgodny z ustawą wybór oferty najkorzystniejszej, uniemożliwia odwołującemu realizację tego zamówienia, mimo, że posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości, niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

W terminie wyznaczonym na składania ofert zamawiający otrzymał trzy (3) oferty. Spośród ww. trzech (3) ofert, ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca Niro. Wykonawca Niro, pismem z dnia 26.05.2022 r. zawiadomił zamawiającego, że jego oferta może nie ujmować wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi na ww. pismo wykonawcy Niro, działając na podst. art. 223 ust. 1 ustawy wezwał tegoż wykonawcę do złożenia wyjaśnień, dotyczących oferty (pismo zamawiającego z dnia 30.05.2022 r.). Wykonawca Niro na ww. wezwanie zamawiającego odpowiedział, że po otwarciu ofert zweryfikował swoje założenia, co do realizacji zamówienia, i wskazał, że po przeprowadzonej przez siebie analizie uznał, że niektóre elementy wykonania zamówienia oraz koszty i ryzyka nie zostały ujęte w cenie ofertowej. Wykonawca Niro wyjaśnił, że:

a) składając ofertę zakładał, że zamawiający udostępni mu kuchnię wyposażoną w instalację gazową, umożliwiającą realizację zamówienia przy pomocy tańszych kotłów gazowych, podczas, gdy w SWZ nie nakłada na zamawiającego takiego obowiązku, a właścicielem ww. instalacji jest dotychczasowym wykonawca usługi;

b) może nie dotrzymać terminu rozpoczęcia realizacji świadczenia - wybrany wykonawca oświadczył, że składając ofertę nie uwzględnił, że rozpoczęcie realizacji usługi będzie wy-

magało „przeniesienia instalacji” lub „przepisania umowy” i w związku z powyższym wskazał, że może uchybić terminowi rozpoczęcia realizacji świadczenia;

c) w cenie ofertowej nie uwzględnił ryzyka, związanego z koniecznością samodzielnego finansowania kosztów realizacji zamówienia, które to ryzyko może wystąpić w przypadku jakichkolwiek opóźnień lub zaległości płatniczych zamawiającego wobec wykonawcy zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 01.06.2022 r. poinformował wykonawcę Niro, że warunki świadczenia usługi zostały określone w dokumentacji postępowania, są aktualne oraz zostaną dochowane po podpisaniu umowy a następnie, dokonał oceny oferty tegoż wykonawcy i wybrał ww. ofertę jako najkorzystniejszą. Zamawiający w dniu 02.06.2022 r. działając na podst. art. 253 ust. 1 ustawy, poinformował, że jako najkorzystniejsza w postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy Niro.

Odwołujący podniósł, że na skutek ww. pism wykonawcy Niro, zamawiający nie był uprawniony do dokonania ostatecznej i definitywnej oceny ww. wykonawcy i wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej, gdyż treść oferty ww. wykonawcy budzi wątpliwości, które nie zostały usunięte przed ww. definitywną i ostateczną oceną i wyborem. Odwołujący wskazał, że pismo ww. wykonawcy z dnia 01.06.2022 r. nie usuwa wątpliwości, co do treści złożonej przez niego oferty. Przeciwnie, pismo to ww. wątpliwości pogłębia. Wykonawca ten w przywołanym piśmie wskazał na okoliczności, których - jak twierdzi - nie uwzględnił lub prawdopodobnie błędnie uwzględnił przy formułowaniu swojego zobowiązania ofertowego. Wybrany wykonawca wskazał, że:

a) sformułował treść oferty na podstawie postanowień nieistniających w SWZ, a nadto sprzecznych z treścią dokumentacji postępowania. Wybrany wykonawca w ww. piśmie wprost wskazał, że obliczając cenę ofertową oraz zobowiązując się do realizacji zamówienia w terminie oznaczonym w SWZ, działał w przekonaniu, że zamawiający udostępni mu kuchnię wyposażaną w tańszą użytkowaniu instalację gazową. Odwołujący zaznaczył, że SWZ nie zawiera takiego zobowiązania zamawiającego;

b) przewiduje, że uchybi terminowi rozpoczęcia realizacji zamówienia jeśli zamawiający nie udostępni mu kuchni wyposażonej w instalację gazową;

c) nie uwzględnił w cenie ofertowej ryzyka związanego z samodzielnym finansowaniem zamówienia w przypadku opóźnień w płatnościach wynagrodzenia dokonywanych przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że ww. założenia wybranego wykonawcy, dotyczące wyposażenia przez zamawiającego kuchni w instalację gazową, są sprzeczne z treścią SWZ, gdyż wzór umowy najmu, stanowiącej załącznik nr 6 do SWZ jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie udostępnia kuchni wyposażonej w ww. instalację. Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy najmu zamawiający zobowiązał się zapewnić wyłącznie dostęp komunikacyjny do dzierżawionych pomieszczeń; dostawę energii elektrycznej (0,1542 MW) dostawę wody ciepłej i zimnej; odprowadzenie i dezynfekcję ścieków; dostęp do rozmów telekomunikacyjnych w zakresie rozmów wewnętrznych. Udostępnienie instalacji gazowej, ani zapewnienie wykonawcy dostępu do takiej instalacji nie jest - zgodnie z przywołanym postanowieniem - umownym obowiązkiem zamawiającego. Wobec powyższego, odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca zaoferował realizację świadczenia przy wykorzystaniu technologii i infrastruktury dopuszczalnej zgodnie z SWZ, ale której zamawiający - wbrew założeniom ofertowym wybranego wykonawcy - nie zapewnia. Ponadto, mając na względzie, że wykorzystanie ww. technologii wymaga „jej przeniesienia” pomiędzy wykonawcami (uzgodnienia w tym zakresie nie zostały dokonane) lub wykonania przez wybranego wykonawcę instalacji gazowej i przyłącza oraz uzyskania odpowiednich zgód i pozwoleń, a także zawarcia z operatorem (np. PGNiG) umowy na dostawę ww. paliwa, wątpliwym jest, aby rozpoczęcie realizacji usługi nastąpiło w terminie określonym w SWZ, tj. od daty podpisania umowy (Rozdz. V SWZ). Wybrany wykonawcy poinformował zamawiającego o ww. zagrożeniu w wyjaśnieniach z dnia 01.06.2022 r.. Odwołujący podkreślił, że wybrany wykonawca w tychże wyjaśnieniach sygnalizuje, że: powzięliśmy wątpliwość czy zamawiający przekaże nam kuchnię zdatną do umówionego użytku z infrastrukturą umożliwiającą podłączenie kotłów gazowych w taki sposób, który nie zakłóci rozpoczęcia realizacji usługi i zapewni ciągłość żywienia pacjentów waszego szpitala. Odwołujący zaznaczył, że na mocy postanowień SWZ, zamawiający nie był zobowiązany do udostępnienia wybranemu wykonawcy kuchni wyposażonej w infrastrukturę przystosowaną do wykonania usługi przy wykorzystaniu gazu, a ww. założenie ofertowe jest błędne i nie znajduje uzasadnienia w SWZ. Odwołujący podkreślił również, że to obowiązkiem wykonawcy, a nie zamawiającego, jest takie zorganizowanie usługi, które umożliwi jej rozpoczęcie w terminie oznaczonym w SWZ. Wyjaśnienia wykonawcy Niro sugerują tymczasem, że oczekuje on od zamawiającego stworzenia warunków technicznych, umożliwiających dotrzymanie ww. terminu. Oczekiwanie to jest niezasadne, gdyż zamawiający wprost wskazał w SWZ, że nie udostępnia kuchni wyposażonej w ww. instalację gazową. Ze względ-

du na powyższe, zamawiający nie ponosi jakiejkolwiek odpowiedzialności za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia realizacji usługi, ani tym bardziej nie jest gwarantem dotrzymania ww. terminu. Mając na względzie, że wybrany wykonawca w złożonych i przywołanych powyżej wyjaśnieniach, sugeruje, że zapewnienie ww. infrastruktury, umożliwiającej rozpoczęcie realizacji umowy w terminie oznaczonym w SWZ, jest obowiązkiem zamawiającego, to co najmniej wątpliwym jest, aby zaoferował realizację świadczenia na warunkach opisanych w SWZ a nadto, czy koszt wykonania ww. infrastruktury został uwzględniony w cenie ofertowej. Wobec powyższego odwołujący podniósł, że ze względu na ww. oświadczenia i sugestie wybranego wykonawcy, treść złożonej przez niego oferty budzi wymagające wyjaśnienia wątpliwości co do zgodności treści tejże oferty z warunkami zamówienia. Wybrany wykonawca prawdopodobnie błędnie określił zakres swoich zobowiązań ofertowych i umownych. Tymczasem zamawiający, zignorował ww. wątpliwości, uchybił należytej staranności i wybrał ofertę wykonawcy Niro jako ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że ww. zachowanie zamawiającego narusza przepisy ustawy. Zamawiający działając z należytą starannością zobowiązany jest ustalić treść oferty w przypadku, gdy budzi ona wątpliwości, jest niejasna, lub zawiera informacje, które są nieostre, lub zależne od sposobu wykładni. W tej sprawie zamawiający odstąpił od ww. ustalenia- (sprawdzenia), mimo, że wyjaśnienia wybranego wykonawcy nie tylko nie potwierdzają, że zaoferował on realizację zamówienia zgodną z wymogami opisanymi w SWZ, ale zawierają informacje, które uprawdopodobniają tezę, że treść zobowiązania ofertowego ww. wykonawcy jest niegodna z SWZ. Zamawiający samodzielnie - rezygnując z uprawnień, które przysługują na mocy art. 223 ust. 1 ustawy - zrekonstruował treść zobowiązania ofertowego wybranego wykonawcy i uznał, że oferta ta nie jest wadliwa i nie spełniają się wobec niej okoliczności, o których mowa w art. 226 ustawy. Tymczasem wyjaśnienia ww. wykonawcy wskazują, że prawdopodobnie dokonał on co najmniej niewłaściwej interpretacji postanowień dotyczących infrastruktury kuchni i przypisał zamawiającemu obowiązki, których ten nie jest zobowiązany realizować. Okoliczność ta ma istotne znaczenie dla oceny treści oferty wybranego wykonawcy i wymaga wyjaśnienia przez wykonawcę (autora oferty), gdyż wpływa na zadeklarowany przez tegoż wykonawcę zakres świadczenia i termin jego realizacji, ale również i zaoferowana cenę. Oczywistym jest bowiem, że gdyby wybrany wykonawca nie działał pod wpływem mylnego wyobrażenia o warunkach technicznych realizacji zamówienia, to zaoferowałby inny termin rozpoczęcia realizacji zamówienia lub cenę. Dotrzymanie wskazanego w SWZ terminu realizacji zamówienia w przypadku, gdy wykonawcy nie zostanie udostępniona sprawna i dopuszczona do użytku infrastruktura, jest bowiem niemożliwe do spełnienia, gdyż do dnia podpisania umowy o zamówienie, wykonawca ten nie będzie dysponentem lokalu (kuchni) a tym samym nie ma prawa do jakiejkolwiek ingerencji w nieruchomość, a ponadto nie może zawrzeć żadnych umów, dotyczących ww. lokalu. Tym samym, wybrany wykonawca - jak sugerują jego wyjaśnienia - na skutek pomyłki, prawdopodobnie zobowiązał się do świadczenia, którego nie może spełnić w terminie wymaganym przez zamawiającego. Ze względu na powyższe, rzeczywista treść oferty wybranego wykonawcy wydaje się być niezgodna z wymaganiami zamawiającego, określonymi w SWZ. Faktyczna realizacja zasadniczej części zamówienia, na którą składa się przygotowanie posiłków - ze względu na ograniczenia technologiczne metody realizacji, przyjętej przez wybranego wykonawcy - rozpocznie się prawdopodobnie później lub będzie realizowana inaczej, niż w sposób ciągły wymagany zgodnie z SWZ. Wątpliwości te nie zostały usunięte i wyjaśnione w postępowaniu, gdyż zamawiający zrezygnował z przysługującego mu prawa, o którym mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Odwołujący zauważył, że dotrzymanie terminu realizacji świadczenia określonego w SWZ jest możliwe przez wybranego wykonawcę, o ile wykonawca ten przewidział działania umożliwiające jego spełnienie. Treść oferty wybranego wykonawcy, znana na dzień składania ofert, nie zawiera jednak takich informacji. Przeciwnie - jak dotychczas - ww. wykonawca informował wyłącznie o przeszkodach w podjęciu realizacji świadczenia na zasadach określonych w SWZ i sugerował, że wykona zamówienia inaczej, niż wymaga tego SWZ, o ile w ogóle rozpocznie jego realizację od dnia podpisania umowy. Odwołujący wskazał, że zamawiający w toku postępowania zaniechał działań skutkujących potwierdzeniem, że okoliczności, o których mowa w powyższym akapicie, znajdują zastawanie do oferty wybranego wykonawcy i samodzielnie - bez uzyskania stosowanej informacji - uznał, że znajdują zastosowanie w sprawie. Odwołujący podniósł że wybór oferty złożonej przez wykonawcę Niro jako oferty najkorzystniej jest przedwczesny. Zamawiający dokonał ww. wyboru, mimo, że istotne elementy tejże oferty, wciąż budzą wątpliwości, w tym w szczególności nie ma pewności, czy w terminie wyznaczonym na rozpoczęcie realizacji wybrany wykonawca przystąpi do wypełniania zobowiązań ofertowych i umownych. Oświadczenia dotychczas złożone przez ww. wykonawcę wskazują, że dotrzymanie ww. zobowiązań jest wątpliwe lub warunkowe (uzależnione od udostępnienia kuchni wyposażonej w wybraną przez niego infrastrukturę). Odwołujący podkreślił, że zamawiający w toku postępowanie ww. wątpliwości nie usunął, skutkiem czego uchybił wymogom dotyczącym należytego i rzetelnego przeprowadzenia postępowania. Zamawiający nie podjął czynności skutkujących jednoznacznym i pewnym rozstrzygnięciem i ustaleniem, że ww. wykonawca przystąpi do realizacji świadczenia opisanego w SWZ w wymaganym terminie. W postępowaniu nie zostało ustalone, czy przeszkody techniczne w realizacji zamówienia, na które zwrócił uwagę ww. wykonawca, wpływają na treść jego zobowiązania, dotyczącego realizacji usługi żywienia. Treść oświadczeń złożonych przez ww. wykonawcę nie pozwala w sposób pewny stwierdzić, czy z dniem podpisania umowy tenże wykonawca rozpocznie peł-

ną, ciągłą i zgodną z wymogami ilościowymi i jakościowymi realizację świadczenia, opisanego w SWZ. Treść ww. wyjaśnień czyni bardziej prawdopodobną tezę, że ww. wykonawca nie dotrzyma ww. terminu, niż, że go dotrzyma. Zamawiający pomimo ww. oczywistych wątpliwości, uznał ofertę wybranego wykonawcy za niewymagającą dalszych wyjaśnień, a nadto najkorzystniejszą. Odwołujący podkreślił, że ww. zachowanie zamawiającego jest niezgodne z ustawą, gdyż skutkuje wyborem oferty, której treść jest niejednoznaczna, wątpliwa i domniemana przez zamawiającego. Oferta najkorzystniejsza powinna zaś cechować się jednoznacznością, weryfikowalnością i sprawdzalnością. Oferta ww. wykonawcy, w aktualnym stanie faktycznym sprawy, nie ma ww. cech i nie sposób na podstawie jej treści orzec, czy jest ona zgodna z warunkami zamówienia, czy też nie. 1.7. Niezależnie od powyższego Odwołujący, zwrócił również uwagę, że złożone przez wybranego wykonawcę wyjaśnienia treści oferty z dnia 01.06.2022 r. sugerują, że wybrany wykonawca zobowiązał się do realizacji innego zamówienia i na innych warunkach, niż wynika z SWZ, tj. dokonał czynności niezgodnej z ustawą. Wybrany wykonawca - jak zostało wskazane powyżej - w ww. wyjaśnieniach informuje, że, wbrew postanowieniom SWZ, nie zaoferował realizacji zamówienia w oparciu o własną instalacje gazową i przewiduje, że - z uwagi na ww. pomyłkę - prawdopodobnie nie będzie wykonywał zamówienia zgodnie z jego warunkami opisanymi w dokumentacji postępowania. Wykonawca ten zdaje się podejmować próby negocjacji terminu, warunków płatności, sposobu realizacji zamówienia, udostępnienia infrastruktury. Powyższe oświadczenia i zachowania wymagają zbadania ze względu na treść art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy. Niedopuszczalna jest bowiem akceptacja i wybór jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z przepisami ustawy. Zamawiający zaniechał jednak zbadania ww. okoliczności i swoim pismem z dnia 01.06.2022 r. niejako w zastępstwie ww. wykonawcy, stanowczo stwierdził, że zamówienie będzie realizowane zgodnie z SWZ. Wyjaśnienia wybranego wykonawcy nie zawierają jednak takiego oświadczenia, lecz wprost przeciwnie - wybrany wykonawca w obu ze swoich pism sygnalizuje, że zaoferował realizację innego zamówienia, niż opisane w SWZ. Odwołujący podkreślił, że oferta jest jednostronnym oświadczeniem woli. Ze względu na rodzaj ww. oświadczenia, podmiotem uprawnionym i legitymowanym do zrekonstruowania jej rzeczywistej treści jest wykonawca. Wobec powyższego, stanowcza odpowiedź zamawiającego o odmowie negocjacji i obowiązku realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, nie usuwa wątpliwości, które występują w sprawie. Pomimo bowiem ww. oświadczenia zamawiającego, trudno zignorować oświadczenia wybranego wykonawcy i przyjąć - bez żadnych wątpliwości - że zobowiązał się on zrealizować zamówienie opisane w SWZ na warunkach tejże SWZ. Odwołujący podkreślił, że wyjaśniania wybranego wykonawcy z dnia 01.06.2022 r. zostały złożone jako wyjaśnienia treści oferty. W związku z powyższym, zarówno sama oferta jak i ww. wyjaśnienia muszą być odczytywane łącznie. Niedopuszczalnym jest więc odszyfrowanie woli wybranego wykonawcy wyłącznie na podstawie oferty i z pominięciem ww. wyjaśnień. Tymczasem zamawiający, oceniając ofertę wykonawcy Niro, zignorował ww. wyjaśnienia, odstąpił od kwalifikacji tychże wyjaśnień pod względem zgodności z ustawą i czynności dopuszczalnych na mocy ustawy i spowodował, że oferta, która może być nieporównywalna względem pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu, została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący nadto podniósł, że wybrany wykonawca złożył w postępowaniu oświadczenia, które wskazują, że zaoferowana przez niego cena nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Wykonawca ten oświadczył, że zamierza realizować zamówienie z wykorzystaniem infrastruktury i instalacji gazowej. Wykonawca ten oświadczył ponadto, że sporządzając ofertę uważał, że instalacja ta jest własnością zamawiającego i nie będzie musiał w związku z ww. infrastrukturą techniczną dokonywać wydatków. Tymczasem ww. infrastruktura i instalacja, zgodnie z postanowienia SWZ, nie jest udostępniana przez zamawiającego a ww. wykonawca, aby realizować zamówienia w zamierzony przez siebie sposób, będzie musiał ponieść koszty odkupu ww. instalacji od obecnego wykonawcy usługi lub koszty montażu nowej instalacji. Ponadto wybrany wykonawca oświadczył, że nie uwzględnił w cenie ofertowej zapasu na ryzyko związane z koniecznością samodzielnego finansowania kosztów realizacji zamówienia, które to ryzyko może wystąpić w przypadku jakichkolwiek opóźnień lub zaległości płatniczych zamawiającego wobec wykonawcy zamówienia. Dodatkowo oświadczenia wybranego wykonawcy w zakresie dotyczącym kosztu jednostkowego wykonania usługi są niejasne i trudno ocenić, jaka wielkość zamówienia została przyjęta przez tego wykonawcę do wyceny oraz czy cena jednostkowa uwzględnia prawidłowe i adekwatne koszty. Wobec powyższego w postępowaniu zachodzą wątpliwości czy za cenę całkowitą i ceny jednostkowe zaoferowane przez wybranego wykonawcę jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, określonymi w dokumentach postępowania oraz czy ww. ceny nie są rażąco niskie. Odwołujący zaznaczył, że brak uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów inwestycji polegającej na wyposażeniu kuchni w infrastrukturę techniczną, konieczną do realizacji zamówienia, bezpośrednio wpływa na wysokość ceny ofertowej. Uwagi wymaga również, że ww. koszt wpływa na cenę ofertową w potrójny sposób. Po pierwsze - jak wskazano powyżej - jako wydatek na inwestycję. Po drugie - jako koszt energii, która będzie zużywana do realizacji zamówienia. Po trzecie - jako koszt eksploatacji kotłów; w myśl wyjaśnień ww. wykonawcy „kotły gazowe, jako bardziej ekonomiczne i tańsze w utrzymaniu niż kotły parowe, w związku z czym zostały one uwzględnione w kalkulacji”. Mając na uwadze znaczenie powyższego kosztu, wątpliwym jest, czy cena ofertowa przez

wybranego wykonawcę została ustalona przy zastosowaniu prawidłowo obliczonych i oszacowanych czynników cenotwórczych. W związku z powyższym istnieje także wątpliwość, czy zaoferowana cena umożliwi wykonanie zamówienia i pokrywa koszty jego realizacji. Odwołujący zaznaczył również, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera informacji, w tym kalkulacji lub innych oświadczeń, pozwalających przyjąć, że wykonawca ten zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne, lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. Przeciwnie, oświadczenia ww. wykonawcy wskazują, że przyjął błędne założenia, co do warunków realizacji zamówienia i kosztów z tym związanych. W związku z powyższym, w ustalonym stanie faktycznym sprawy, w ocenie odwołującego uzasadniony jest wniosek, że wątpliwym jest, aby cena oferty najkorzystniejszej uniemożliwiała realizację zamówienia na warunkach określonych w SWZ i nie była ceną rażąco niską. Odwołujący podkreślił, że ze względu na treść wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę w dniu 01.06.2022 r; ww. okoliczności powinny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego. Pomimo ww. okoliczności zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy, a nadto dokonał wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej. Z daleko idącej ostrożności, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. art. 224 ust. 1 ustawy zamawiający - w przypadku wystąpienia wątpliwości, co do wysokości zaoferowanej przez wykonawcę ceny - w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub umożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ, zwraca się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący podkreślił, że ze względu na użyte w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy sformułowanie „żąda", zamawiający ma obowiązek wezwania do wyjaśnień w sytuacji określonej w art. 224 ust. 1 pzp. - to jest w wypadku, gdy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe budzą wątpliwości zamawiającego. Obowiązek ww. wezwania nie jest całkowicie uznaniowy i nie zależy wyłącznie od subiektywnej oceny zamawiającego. Odwołujący zaznaczył, że istnieją okoliczności, które, ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania z należytą starannością, powinny budzić wątpliwości zamawiającego. Okolicznością, która powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego jest - jak w tym postępowaniu - powzięcie informacji, że wykonawca nie uwzględnił niektórych kosztów w cenie ofertowej; że wykonawca sugeruje lub oczekuje sfinansowania niektórych kosztów przez zamawiającego mimo, że ani ustawa ani SWZ takiego obowiązku na zamawiającego nie nakładają, albo, że wykonawca wycenił (zaoferował) realizację zamówienia, które może nie odpowiadać wymogom i parametrom ustalonym w SWZ, które to parametry są jednakowe dla wszystkich wykonawców. Zamawiający ww. informacje zignorował i uznał za niebudzące wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę. Tymczasem okoliczności te mają decydujące znaczenie dla uznania ceny za prawidłowo skalkulowaną, porównania ofert a później jakości świadczenia otrzymanego przez zamawiającego w wykonaniu umowy. Wątpliwości co do sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z ugruntowanym już stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nie mogą być arbitralnie, z pominięciem procedury opisanej w art. 224 ustawy, rozstrzygane przez zamawiającego, na korzyść wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą lub jedyną ofertę w postępowaniu. Podkreślenia wymaga również fakt, że zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc de facto dysponując środkami publicznymi i działając w celu zaspokojenia potrzeb pacjentów, zobligowany jest mieć pewność, że wybrany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a złożona przez niego oferta, jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w SWZ. Niedopuszczalnym jest, w ocenie odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, wyrażonych w art. 16 i 17 ustawy, ale również z uwagi na cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez zamawiającego, jakiejkolwiek czynności wskazanej w ustawie Prawo zamówień publicznych, służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej.

W dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, że poprzednie postępowanie ogłoszone w dniu 28 lutego 2022 r. zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2022 r. ogłosił drugie postępowanie dochowując tym samym należytej staranności w zachowaniu ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych.

W przedmiotowym postępowaniu w terminie wyznaczonym do składania ofert, tj. w dniu 20 maja 2022 r. zamawiający otrzymał trzy oferty, spośród których ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca Niro sp. z o. o. z siedzibą w Lubinie przy ul. Ścinawskiej 37.

Wymieniony wykonawca pismem z dnia 26 maja 2022 r. poinformował zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena może nie zawierać wszystkich elementów kosztowych wykonania zamówienia. Zamawiający, działając zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, wezwał w dniu 30

maja 2022 r. wykonawcę firmę Niro Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w związku z wniesionym pismem.

W odpowiedzi na wezwanie firma Niro Sp. z o. o. poinformowała zamawiającego, o tym że analizując sytuację zamawiającego już po otwarciu ofert:

cyt. „pozyskała" informację, że instalacja gazowa kuchni nie jest własnością zamawiającego, tylko dotychczasowego wykonawcy, zaś przygotowanie infrastruktury do rozpoczęcia usługi może napotkać trudności;

cyt. „powzięła" informację, że zamiast deklarowanych przez Szpital 72 dodatkowych łóżek w planowanym do otwarcia pawilonie D, faktycznie będzie tak, że do nowego budynku zostaną jedynie przeniesione oddziały już istniejące, bez zwiększenia ilości osobodni;

cyt. „uzyskała" informację na temat problemów płatniczych zamawiającego, co spowodować może zagrożenie płynnego regulowania płatności za usługę żywienia, a tym samym dodatkowo obciążać budżet wykonawcy.

Po analizie wyjaśnień wykonawcy otrzymanych po wezwaniu zamawiający uznał, że nie wnoszą one niczego istotnego do sprawy, ponieważ wymagania dotyczące wykonywania usługi są jasno i precyzyjnie sformułowane w dokumentach zamówienia i zawierają wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego skalkulowania ceny, a argumenty zawarte w piśmie są nieprawdziwe.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. poinformował wykonawcę, o tym, że:

warunki świadczenia usługi zostały określone w dokumentacji postępowania, są aktualne oraz zostaną dochowane po podpisaniu umowy; sytuacja finansowa zamawiającego jest jawna, publikowana w sprawozdaniu finansowym; nie jest prawdą jakoby Szpital posiadał zaległości płatnicze wobec aktualnego wykonawcy.

Zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2022 r., działając w trybie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. firmy Niro Sp. z o. o.

Zamawiający podniósł, że z treścią i zarzutami podniesionymi w odwołaniu nie sposób jest się zgodzić. Złożona oferta NIRO sp. z o.o. spełnia bowiem warunki udziału w postępowaniu, jest jednoznaczna a informacje uzyskane z pisma z dnia 26 maja 2022r. w żaden sposób nie zmieniały treści oferty. W związku z tym zamawiający nie miał podstaw do kolejnego wzywania wykonawcy na podstawie art. 223 ustawy jak również do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 PZP. Treść pisma firmy Niro sp. z o. o. z dnia 1 czerwca 2022r. nie zawierała takich informacji, które mogłyby mieć wpływ na treść złożonej oferty. Zamawiający nie miał również podstaw, by zwracać się o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny w ofercie bowiem cena ta nie była rażąco niska i nie budziła wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zauważył przy tym, że wykonawca nie potwierdził w skierowanych do zamawiającego pismach, aby nie był w stanie zrealizować zamówienia w zaoferowanej cenie i nie uchylił się od zawarcia umowy. Dodatkowo, wykonawcy skorzystali z uprawnień dotyczących wyjaśnienia wątpliwości treści SWZ na podstawie art. 135 ustawy i otrzymali wyczerpujące odpowiedzi. Zamawiający wyraźnie i szczegółowo opisał w specyfikacji warunków zamówienia sposób obliczenia ceny oferty, nie żądając od wykonawców podawania elementów składowych kalkulacji ceny (koszty produktów spożywczych, wybór technologii przygotowywania posiłków, itp.), jedynie cenę osobodnia.

Nie bez znaczenia było również to, że kwestia kalkulacji ceny, doboru technologii i instalacji oraz sprzętu niezbędnego do prawidłowej realizacji usługi jest obowiązkiem wykonawcy, a nie zamawiającego. Zatem pismo złożone przez wykonawcę po terminie składania ofert w żaden sposób nie wpływa na treść złożonej w dniu 20 maja 2022 r. oferty.

Podkreślił, że wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie, że oferuje realizację zamówienia zgodnie z zasadami zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia oraz załącznikach stanowiących jej integralną część, przyjmując tym samym ryzyko prawidłowego obliczenia ceny oferty.

Odwołujący podniósł zarzuty, z których żaden nie jest słuszny i uzasadniony.

Oferta złożona przez Niro sp. z o.o. nie zawierała jakichkolwiek danych, które mogłyby powodować powstanie wątpliwości po stronie zamawiającego. Pismo złożone przez wykonawcę i korespondencja między stronami opisana w stanie faktycznym powyżej, wskazują na to, że wszelkie nieścisłości zostały wyjaśnione i w chwili wyboru oferty nie istniały. Z tego względu zamawiający mógł, a wręcz był zobowiązany, wybrać ofertę Niro sp. z o.o. jako najkorzystniejszą w myśl art. 239 ust. 2 PZP. Brak jest podstaw prawnych do uznania, że pismo

wykonawcy w jakikolwiek sposób zmieniło ofertę, szczególnie, że nie odnosiło się do żadnego z elementów oferty ani też żadnego z faktów ocenianych przez zamawiającego w toku oceny ofert zgodnie z SWZ. Zamawiający podniósł, że zamawiający przeprowadził postępowanie w myśl zasady przejrzystości, proporcjonalności oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Wyrazem tego są choćby szczegółowe wyjaśnienia na skutek zadawanych pytań przez wykonawców. W zakresie warunków udostępnianej infrastruktury również zamawiający wyraźnie wymienił jej elementy w takim stopniu szczegółowości, że wskazał nawet załączniku nr 11 do SWZ w pkt 51, 52, że udostępni wykonawcy trzony gazowe, co potwierdziło, że wykonawca ma możliwość korzystania z istniejącej instalacji gazowej. Nadto w par. 11 ust. 1 umowy dzierżawy załączonej do SWZ jako załącznik nr 6, Zamawiający poinformował, że dzierżawca może dokonywać remontowych oraz adaptacyjnych zmian w dzierżawionych pomieszczeniach i instalacjach w celu przystosowania do potrzeb zmiany technologii. Dodatkowo wskazał, że w postępowaniu wszyscy wykonawcy uzyskali takie same informacje przed złożeniem ofert, wobec czego każdy oferent był w posiadaniu takich samych danych. Oferenci byli w takiej samej sytuacji z poszanowaniem art. 16 PZP.

Oferent Niro sp. z o.o. składając poprawną ofertę jednocześnie oświadczył w niej, że: „Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie określonym powyżej oferujemy realizację zamówienia zgodnie z zasadami zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia oraz załącznikach stanowiących jej integralną część".

Złożone w wyniku „powzięcia informacji" pismo oferenta z dnia 1 czerwca 2022r. zawiera pozyskane przez wykonawcę z nieznanych źródeł informacje dotyczące instalacji gazowej kuchni, ilości osobodni i braku możliwości powiększenia ich ilości w toku trwania umowy oraz problemów płatniczych zamawiającego. Informacje te byty jednak nieprawdziwe i stanowiły całkowicie nieuzasadnione obiekcje, z tego też względu zostały rozwiane pismem zamawiającego z dnia 1 czerwca 2022r. W żadnym momencie wykonawca Niro sp. z o.o. nie twierdził, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia w zaoferowanej cenie oraz że uchyla się od podpisania umowy. Rozwianie niejasności powodowało natomiast powstanie stanu, w którym warunki przewidziane w SWZ, które znał i zaakceptował wykonawca nie uległy jakiejkolwiek zmianie czy też doprecyzowaniu. Problemy płatnicze jako nieistniejące zostały zaprzeczone, potwierdzono też spełniane wszelkich wymogów SWZ. Zlikwidowanie niejasności przywróciło zatem stan braku wątpliwości po stronie wykonawcy z chwili gdy kalkulował cenę i składał ofertę. Nie było zatem podstaw, by uznać, że treść oferty jest niezgodna z SWZ oraz, że istnieje podstawa do wyjaśnienia treści jasnej, klarownej i poprawnej oferty.

Zamawiający nie miał również żadnych podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny. Kwestia kalkulacji ceny jest obowiązkiem wykonawcy, a nie zamawiającego. Wykonawca po zapoznaniu się z SWZ dokonał kalkulacji, wskutek której określił cenę zawartą w ofercie. Zamawiający wyraźnie i szczegółowo opisał w specyfikacji warunków zamówienia sposób obliczenia ceny oferty, nie żądając od wykonawców podawania elementów składowych kalkulacji ceny (koszty produktów spożywczych, wybór technologii przygotowywania posiłków, itp.), jedynie cenę osobodnia. Cena wskazana w ofercie nie była ceną rażąco niską w myśl przepisów ustawy. Wskazana w ofercie cena nie dawała zatem podstaw do wątpliwości po stronie zamawiającego uzasadniających wezwanie wykonawcy do wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny.

Odnośnie wątpliwości wykonawcy co do ilości żywionych osób, były one nieuzasadnione, bowiem SWZ a w szczególności odpowiedź na zadane pytania z dnia 13.05.2022r. (pyt nr 38) została podana przez zamawiającego średnia liczba posiłków od roku 2019 do 2022 r. Mając powyższe na uwadze pismo złożone przez wykonawcę po terminie składania ofert w żaden sposób nie wpływa na treść złożonej w dniu 20 maja 2022 r. oferty, zwłaszcza w sytuacji w której wątpliwości wskazane w piśmie zostały rozwiane przez zamawiającego. Konsekwencją bezzasadności pozostałych zarzutów jest bezzasadność zarzutu z pkt 4) odwołania. Zamawiający podnosi, że nie miał podstaw do odrzucenia oferty Niro sp. z o.o. bowiem była ona zgodna z SWZ.

Dodatkowo nadmienił, że wybór oferty odwołującego był niemożliwy nie tylko z powodu tego, że nie była najkorzystniejsza, ale nawet gdyby nią była nadmienić trzeba, że możliwości finansowe zamawiającego nie pozwalają na zaakceptowanie warunków finansowych zobowiązań płynących z tej oferty. Zamawiający jako podmiot leczniczy obowiązany do realizacji zadań publicznych został zmuszony do poniesienia dużych ciężarów wynikających z okresu stanu epidemii. Zamawiający nie może sobie pozwolić na kolejne zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o 3 237 205,25 zł. tj. do kolejnej oferty w kolejności. W pierwszym postępowaniu, kwota przekraczała możliwości szpitala o 7 176 287,61 mln zł. W drugim postępowaniu, dbając o interes publiczny i ciągłość udzielania świadczeń medycznych, zamawiający zwiększył kwotę przeznaczoną o 868 044,67 zł, do wysokości najkorzystniejszej oferty. Jednak kolejne zwiększenie nie jest możliwe z uwagi na brak zabezpieczenia finansowego. Szpital ma takie same problemy wynikające z inflacji i oczekiwań płacowych jak przedsiębiorcy, jednak nie ma możliwości zwiększenia marży na sprzedaży, aby

zapewnić możliwości sfinansowania wszystkich oczekiwań.

Zamawiający podniósł, że niniejsze postępowanie jest wynikiem pisma Wykonawcy z dnia 26 maja 2022r., oraz następnie pisma z dnia 1 czerwca 2022r., które to zawierało nieprawdziwe informacje. W wyniku ich podania w toku postępowania przetargowego, a następnie odwołania wykonawcy, którego oferta była drugą najkorzystniejszą po Niro sp. z o.o. została wstrzymane podpisanie umowy z najkorzystniejszym cenowo wykonawcą. Takie działanie przy udziale i wykorzystywaniu nieprawdziwych informacji może być podstawą do pojawienia się podejrzenia bezprawnych działań po stronie odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania SWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treść SWZ, pisma wykonawcy Niro z dnia 26 maja 2022 r. informacji o wyniku postępowania. Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, poinformował że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 17 910 000,00 zł brutto
Zgodnie z treścią SWZ - III. Opis przedmiotu zamówienia

6. Usługi objęte przedmiotem umowy będą realizowane przy użyciu wyposażenia stanowiącego własność Zamawiającego i w pomieszczeniach stanowiących własność Zamawiającego wydzierżawianych na podstawie odrębnej Umowy dzierżawy (załącznik nr 6) oraz przy użyciu sprzętu i urządzeń Wykonawcy. Wykonawca powinien dysponować wszelkim wyposażeniem i sprzętem niezbędnym do prawidłowego wykonywania zamówienia. W przypadku nieudostępnienia umową dzierżawy przez Zamawiającego potrzebnego sprzętu, Wykonawca jest zobowiązany zapewnić w/w wyposażenie we własnym zakresie.

7. Wymagana minimalna kwota dzierżawy 1 m2 powierzchni nie może być niższa niż 15,30 zł netto. Wysokość stawki objęta została punktacją w kryterium wyboru ofert i szczegółowo opisana w rozdziale XVII.

8. Zamawiający nie dysponuje własnymi pracownikami Kuchni, zatem w prowadzonym postępowaniu nie będzie ich przekazywał wybranemu Wykonawcy w trybie art. 231 Kodeksu pracy.

V. Termin wykonania zamówienia

Termin realizacji zamówienia - 48 miesięcy od daty podpisania umowy z Zamawiającym

XVI. Opis sposobu obliczenia ceny

1. Cena oferty winna zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia.

2. Cena musi uwzględniać wymagania SWZ i być wyliczona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, wzoru umowy oraz obejmować wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

3. Cena oferty będzie ostateczna i nie będzie podlegać zmianie choćby zwiększył się zakres świadczeń czy koszty poszczególnych jego składników. Oznacza to, że wykonawca skalkuluje wszystkie ryzyka jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy oraz że przewidzi właściwą organizację dla poprawnego i terminowego zrealizowania przez wykonawcę zakresu rzeczowego dostaw i usług.

4. Cenę należy wyliczyć w sposób wskazany w Formularzu ofertowo-cenowym.

XVII. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

Lp. KRYTERIUM WAGA ILOŚĆ PUNKTÓW

1. Cena brutto 1 osobodnia (pacjenci ZOL i ZPO) 5% 5

2. Cena brutto 1 osobodnia (pozostali pacjenci) 90% 90

3. Wysokość czynszu dzierżawy za 1 m2 5% 5

Załącznik nr 4 Opis przedmiotu zamówienia

24. Przygotowywanie posiłków odbywać się będzie w Kuchni Zamawiającego, która zostanie wydzierżawiona Wykonawcy odrębną umową. Wykonawca zobowiązany jest uzyskać sto-

sowne zezwolenie Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej na realizację usługi żywieniowej w pomieszczeniach Kuchni.

Załącznik nr 5 Projektowane postanowienia umowy

par. 1 ust. 4. Usługi objęte przedmiotem umowy będą realizowane przy użyciu wyposażenia stanowiącego własność Zamawiającego i w pomieszczeniach stanowiących własność Zamawiającego wydzierżawianych na podstawie odrębnej umowy dzierżawy z załącznikami oraz przy użyciu sprzętu i urządzeń Wykonawcy.

5. Szczegółowy przedmiot umowy zawiera Opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 4 do

SWZ.

6. Wykonawca będzie świadczył usługi gastronomiczne i handlowe (prowadzenie barku) w

pomieszczeniach Zamawiającego na podstawie odrębnej umowy dzierżawy nr.....

Wykaz środków trwałych w Dziale Żywienia, Kuchni Głównej, Magazynie Żywnościowym o wartości poniżej 3 500 zł. - SPWSzS w Chełmie - załącznik nr 10 do SWZ
16 I-9-95-3 Kuchenka gazowa 4-palnikowa 1 2002

Wykaz środków trwałych w Dziale Żywienia, Kuchni Głównej, Magazynie Żywnościowym SPWSzS w Chełmie - załącznik nr 11 do SWZ

8 T-3-32-4-32 Kocioł parowy warzelny 1 2002-05-31

9 T-3-32-4-33 Kocioł parowy warzelny 1 2002-05-31

10 T-3-32-4-34 Kocioł parowy warzelny 1 2002-05-31

11 T-3-32-4-35 Kocioł parowy warzelny 1 2002-05-31

12 T-3-32-4-36 Kocioł parowy warzelny 1 2002-05-31

13 T-3-32-4-37 Kocioł parowy warzelny 1 2002-05-31

14 T-3-32-4-38 Kocioł parowy warzelny 1 2002-05-31

34 T-9-95-2-10 Patelnia elektryczna 1 2002-05-31

35 T-9-95-2-11 Patelnia elektryczna 1 2002-05-31

36 T-9-95-2-9 Patelnia elektryczna PE-40 1 1998-08-19

37 T-9-95-4-3 Piec konwekcyjno-parowy CPC 201 1 2002-05-31

38 T-9-95-4-4 Piec konwekcyjno-parowy CPC 61 1 2002-05-31

39 T-9-95-4-6 Piec piekarniczy 1 2002-05-31

50 T-9-95-4-5 Trzon elektryczny 8-palnikowy 1 2002-05-31

51 T-9-95-14-2 Trzon gazowy 4-palnikowy 1 2002-05-31

52 T-9-95-14-3 Trzon gazowy 4-palnikowy 1 2002-05-31

Załącznik nr 6 umowa dzierżawy

§ 3 ust. 1. Wydzierżawiający zapewni:

1) dostęp komunikacyjny do dzierżawionych pomieszczeń;

2) dostawę energii elektrycznej (0,1542 MW);

3) dostawę wody ciepłej i zimnej;

4) odprowadzenie i dezynfekcję ścieków;

5) dostęp do usług telekomunikacyjnych w zakresie rozmów wewnętrznych;

2. Granicę dostarczanych mediów:

- energii elektrycznej, energii cieplnej do ogrzewania pomieszczeń i wentylacji mechanicznej, dostarczenia wody zimnej i ciepłej, stanowią elementy odcinające instalację przed układami pomiarowymi,

-odprowadzenie i dezynfekcji ścieków: studzienki zbiorcze sieci kanalizacji w ulicy Kraszewskiego.

3. Dostawę pozostałych mediów i usługi Dzierżawca zapewni sobie na podstawie własnych umów.

§ 6 ust. 1. Dzierżawca ponosi odpowiedzialność za właściwą i bezpieczną zgodną z obowiązującymi przepisami, instrukcjami producentów urządzeń, DTR, eksploatację pomieszczeń, instalacji i urządzeń stanowiących wyposażenie dzierżawionych pomieszczeń oraz ponosi koszty konserwacji, napraw i utrzymania ich w należytym stanie technicznym, uwzględniającym wymogi eksploatacyjne, sanitarno-epidemiologiczne i bhp, przeprowadzanie i dokumentowanie niezbędnych przeglądów serwisowych i inspekcji UDT w zakresie:

1) posadzek, tynków, okładzin i powłok malarskich,

2) stolarki drzwiowej i okiennej oraz pozostałych elementów stolarskich,

3) szklenia powierzchni okien i drzwi,

4) instalacji, armatury, przyborów sanitarnych, podejść wodnych i kanalizacyjnych oraz przyłączy kanalizacyjnych,

5) zewnętrznej sieci kanalizacji sanitarnej włącznie z separatorami skrobi i tłuszczu oraz instalacji deszczowej do studzienek zbiorczych sieci kanalizacyjnej Szpitala,

6) instalacji wentylacji grawitacyjnej,

7) instalacji i urządzeń wentylacji mechanicznej,

8) instalacji centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego do wentylacji,

9) instalacji pary technologicznej i kondensatu (w przypadku korzystania z tej technologii),

10) urządzeń i instalacji chłodniczych,

11) instalacji, osprzętu, urządzeń i wyposażenia elektrycznego,

12) urządzeń dźwigowych,

13) instalacji gazowej od licznika gazu do przyborów włącznie,

14) maszyn i urządzeń technologicznych kuchni oraz dzierżawionego sprzętu,

15) naprawy ciągów komunikacyjnych uszkodzonych podczas transportu posiłków na oddziały szpitalne

16) rozmów telefonicznych,

17) wydanych decyzji i zmian organizacyjnych zalecanych przez Sanepid.

§ 8 ust. 4. Za zużywane czynniki energetyczne, wodę, inne media i usługi Dzierżawca będzie płacił Wydzierżawiającemu opłaty wskazane w załączniku nr 3 (załącznik nr 9 do SWZ) do niniejszej umowy, określone na podstawie wskazań liczników zużycia poszczególnych mediów i jednostkowych kosztów jakie ponosi Wydzierżawiający wg kosztów dostawców, lub własnych kalkulacji Wydzierżawiającego.

§ 11 ust. 1. W trakcie trwania umowy dzierżawy Dzierżawca może dokonywać remontowych lub adaptacyjnych zmian w dzierżawionych pomieszczeniach i instalacjach w celu przystosowania do potrzeb zmiany technologii, montażu nowych urządzeń i wyposażenia lub poprawy bezpieczeństwa i warunków pracy - każdorazowo po zasięgnięciu opinii i uzyskaniu pisemnej zgody Wydzierżawiającego.

2. Remonty i adaptacje oraz montaż wyposażenia, o których mowa w ust. 1, a także inne remonty i adaptacje wykonane za zgodą Wydzierżawiającego, Dzierżawca wykona na własny koszt i we własnym zakresie oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami, instrukcjami producentów urządzeń i DTR. Koszt tych remontów i adaptacji, nie podlega zwrotowi w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia, wygaśnięcia umowy lub odstąpienia od umowy. Ulepszenia wynikające z remontów i adaptacji Wydzierżawiający po zakończeniu umowy może

według swego uznania zatrzymać bez obowiązku zapłaty sumy odpowiadającej ich wartości lub żądać ich usunięcia i przywrócenie stanu poprzedniego.

3. Nakłady, o których mowa w ust. 1 i 2, obciążają w całości Dzierżawcę i nie mogą mieć wpływu na jego zobowiązania czynszowe.

4. Wszelkie wykonywane przez Dzierżawcę remonty i adaptacje wydzierżawianych pomieszczeń wymagają uprzedniej pisemnej zgody Wydzierżawiającego.

Z załącznika do wyjaśnień 4 (pytanie 30) nie wynika zużycie gazu w latach 2018 i 2019.

Z wyjaśnień na pytanie 32 wynika, że zamawiający posiada podpisane umowy z podmiotami dostarczającymi media do pomieszczeń udostępnionych wykonawcy tj. energia elektryczna do 31 grudnia 2022 i gaz do 31 lipca 2022 (zamawiający jest w trakcie nowego postępowania przetargowego, a z załącznika nr 9 wynika, że do kosztów z tytułu mediów związanych z dzierżawą kuchni szpitalnej i baru należą energia elektryczna, ciepło dla celów centralnego ogrzewania i wentylacji mechanicznej, ciepła i zimna woda, odprowadzenie i dezynfekcja ścieków.

W odpowiedzi na pytanie 38 zamawiający podał zestawienie wydanych śniadań, obiadów, kolacji i podwieczorków w 2019, 2020, 2021 i od stycznia do kwietnia 2022 r.

W odpowiedzi na pytanie 39 zamawiający poinformował, że aktualna stawką osobodnia jest

24,75zł. plus 8% VAT (pacjenci ZO, ZPO), 27, 50 zł. plus 8% VAT (pozostali pacjenci). Umowa obowiązuje do 5 lipca 2022 r.

W dniu 26 maja 2022 r. wykonawca Niro poinformował, że jako wykonawca, który złożył ofertę na „Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu" (ZP.3311.33.2022), dokonał analizy cen zaoferowanych przez wszystkich oferentów w postępowaniu.

Z uwagi na fakt, że jego oferta zawiera najniższą cenę przeanalizował ją ponownie. Ustalił, że zaoferowana cena może nie uwzględniać wszystkich elementów kosztowych wykonania zamówienia. Prawdopodobnie błędnie rozpoznał zakres przedmiotu zamówienia z uwagi na fakt, iż nie odbył wizji w Szpitalu.

Wobec powyższego, zaoferowana przez niego cena może nie ujmować wszystkich kosztów realizacji zamówienia.

W dniu 30 maja 2022 r. zamawiający wezwał Niro do o złożenie wyjaśnień dotyczących oferty w związku z pismem wniesionym w dniu 26 maja 2022 r. tj. o doprecyzowanie sformułowanych w nim uwag.

Wykonawca odpowiedział, że pozyskał informację, że instalacja gazowa kuchni nie jest własnością zamawiającego, a dotychczasowego wykonawcy. Powyższe powoduje, że przygotowanie infrastruktury do rozpoczęcia usługi, a zarazem „przeniesienie" instalacji lub przepisanie umowy z dostawcą gazu na nowego wykonawcę może napotkać trudności. Kwestia ta nie została jednoznacznie wyjaśniona w SWZ , dlatego też nasunęły się wątpliwości co do przejęcia realizacji usługi we wskazanym przez zamawiającego terminie, z dnia na dzień oraz związane z tym koszty. W trakcie postępowania zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania kotłów gazowych, jako bardziej ekonomicznych i tańszych w utrzymaniu niż kotły parowe, w związku z czym zostały one uwzględnione w kalkulacji. Nieuregulowana sytuacja z mediami pozostawia u wykonawcy wiele wątpliwości. W związku z powyższym powziął wątpliwość czy zamawiający przekaże mu kuchnię zdatną do umówionego użytku z infrastrukturą umożliwiającą podłączenie kotłów gazowych w taki sposób, który nie zakłóci rozpoczęcia usługi i zapewni ciągłość żywienia pacjentów szpitala.

Kolejnym ważnym elementem, który wziął pod uwagę kalkulując cenę ofertową był fakt, że zamawiający w SWZ zadeklarował włączenie do usługi dodatkowych 72 łóżek w pawilonie D Analizując sytuację Szpitala powziął informację, że może nastąpić jedynie przeniesienie oddziałów do nowego budynku bez zwiększenia ilości osobodni. Ponadto zagrożona jest również ilość założonych osobodni, a zadeklarowanych przez zamawiającego z uwagi na planowane i realizowane remonty na terenie Szpitala.

Po otwarciu ofert uzyskał także informację na temat problemów płatniczych szpitala. Wobec powyższego zagrożenie płynnego regulowania płatności za usługi żywienia powoduje obawy o powstanie dodatkowych kosztów dochodzenia roszczeń, które każdorazowo pierwotnie będą obciążały jego budżet przy jednoczesnej konieczności bieżącego utrzymania płynności z uwagi na obowiązek regulowania własnych zobowiązań wobec pracowników, dostawców artykułów spożywczych i mediów. Te wątpliwości wymagają analizy i uzyskania dodatkowych

informacji celem podjęcia współpracy w przypadku wyboru jego oferty.

Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. wyjaśnił, że warunki świadczenia usługi oraz przekazania kuchni szpitalnej zostały określone w dokumentacji postępowania i są aktualne oraz zostaną dochowane po podpisaniu umowy z wykonawcą.

Ponadto, zamawiający poinformował, że nie zataił swojej sytuacji finansowej, jest ona jawna i publikowana w sprawozdaniu finansowym, a wszelkie zobowiązania wobec aktualnego wykonawcy są na bieżąco realizowane.

W postępowaniu zaoferowano następujące ceny:

Niro 18 778 044, 67 zł. osobodzień ZOL i ZPO 24, 82zł. osobodzień pozostali - 27,58zł. dzierżawa 15,32zł.

Impel 21 147 205,25 zł. osobodzień ZOL i ZPO 27, 95zł. osobodzień pozostali - 31,06zł. dzierżawa 15,30zł.

Catermed 21 487 638, 53 zł. osobodzień ZOL i ZPO 28,40zł. osobodzień pozostali - 31,56zł. dzierżawa 15,30zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego 239 ust. 1 i 2 w zw. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez wadliwą ocenę oferty wybranego wykonawcy polegającą na uznaniu przez zamawiającego, że treść tejże oferty jest zgodna z warunkami zamówienia i wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy treść tejże oferty jest niejednoznaczna i budzi wątpliwości, a owa niejednoznaczność i ww. wątpliwości mogły zostać usunięte przed wyborem ww. oferty jako najkorzystniejszej, gdyby zamawiający zwrócił się do wykonawcy Niro o stosowane wyjaśnienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

- zamawiający nie udostępnia wykonawcom gazu jako medii, ale nie oznacza to, że instalacji gazowej do urządzeń poborowych nie posiada, gdyż wprost z pat. 6 ust. 1 pkt. 13 wzoru umowy dzierżawy wynika, że wykonawca jest zobowiązany do prawidłowej eksploatacji pomieszczeń, ale co ważniejsze instalacji stanowiących wyposażenie dzierżawionych pomieszczeń i ponosi koszty konserwacji, napraw i utrzymania w należytym stanie technicznym, w tym serwisuje w zakresie instalacji gazowej od licznika gazu do przyborów włącznie. Tym samym Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego na rozprawie, że instalacja gazowa jest własnością zamawiającego, natomiast po stronie wykonawcy zamierzającego świadczyć usługę za jej pośrednictwem leżeć będzie zgodnie z par. 3 ust. 3 tejże umowy zapewnienie sobie dostawy mediów gazowych. To, że na wyposażeniu środków trwałych znajdują się kuchenki gazowe 4 palnikowe wynika zarówno z załącznika nr 10 jak i 11 do SWZ. Tym samym należy dać wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że rolą wykonawcy będzie zawarcie umowy z dostawcą gazu i jej regularne opłacanie. Izba podkreśla, że te okoliczności wynikały z treści SWZ i były podane w jednakowy sposób dla wszystkich wykonawców. W ocenie Izby nie zostało wykazane, że zawarcie takiej umowy jest utrudnione, czasochłonne i kosztowne w taki sposób, że wpływa na możliwość terminowego i mieszczącego się w granicach kosztów złożonej oferty Niro świadczenia. Odwołujący poprzestał na sformułowaniu zarzutów w oparciu o obawy wykonawcy Niro, że przeniesienie instalacji lub przepisanie umowy z dostawcą gazu może napotkać trudności. Natomiast w ocenie Izby wyjaśnienia NIRO na wezwanie z dnia 30 maja 2022 r. odnoszą się do okoliczności nie wynikających z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i dotyczą obaw wyrażanych przez wykonawcę NIRO nie w odniesieniu do treści dokumentacji zamówienia, ale okoliczności wynikających z informacji pozyskanych zewnętrznie przez tego wykonawcę. Czyli są to wątpliwości nie dotyczące treści złożonej oferty, ani nawet nie są to wątpliwości wynikające z niezrozumienia, czy błędnego odczytania postanowień SWZ, ale wynikające z informacji uzyskanych przez NIRO

poza postępowaniem, które nie były znane innym wykonawcom i nie stanowiły podstawy złożonych przez nich ofert. Izba dostrzegła, że wykonawca NIRO nie zgłosił żądania zapewnienia mu przez zamawiającego dostawy gazu, nie wystąpił z żądaniem zmiany umowy, nie ma też dowodu na to, że ma zamiar uchylić się od zawarcia umowy. Izba zauważyła, że różnica w stawce pomiędzy obecnie świadczoną umowa, a cenami osobodni zaoferowanymi przez NIRO wynosi odpowiednio 7 gr/osobodzień pacjenci ZOL i ZPO i 8gr/osobodzień pozostali pacjenci. Odwołujący nie przedstawił dowodu na to, że umowa o dostawę gazu zawarta od dnia 5 lipca 2022 r. będzie na tyle droższa, że wykonanie umowy na tak podwyższonych stawkach na osobodniu będzie niemożliwe lub generujące straty. Izba wzięła pod uwagę, że NIRO wskazał wprost, że w kalkulacji uwzględnił możliwość wykorzystania kotłów gazowych - zamawiający dopuścił taki sposób wykonania świadczenia, zatem nie sposób uznać, że to oświadczenie wykonawcy stanowiło o sprzeczności treści oferty z warunkami zamówienia. Wykonawca NIRO wyrażał jedynie obawę, czy zamawiający przekaże mu kuchnię z infrastrukturą zdatną do umówionego użytku z możliwością podłączenia kotłów gazowych. W ocenie Izby dostarczenie takiej infrastruktury wynika z SWZ, bo zamawiający potwierdza, że instalacja gazowa jest i trzony gazowe są, przy czym wykonawca od licznika do przyborów włącznie ponosić będzie za nie odpowiedzialność i że dostawę medium gazowego musi zagwarantować sobie we własnym zakresie. Tym samym Izba nie dopatrzyła się niezgodności oferty NIRO z warunkami zamówienia, a wyjaśnienia wykonawcy NIRO nie były wyjaśnieniami treści oferty, gdyż dotyczyły one wątpliwości wykonawcy, których nabrał w związku z informacjami pozyskanymi od podmiotów zewnętrznych, a nie wynikającymi z SWZ. W ocenie Izby zatem zamawiający słusznie uznał, że wyjaśnienia te nie stanowiły wyjaśnień treści oferty, która jak przyznawał sam odwołujący była jednoznaczna, nie mówiły też od odmiennym sposobie świadczenia przez wykonawcę NIRO niż wynikającym z SWZ, ale o tym, że NIRO powziął poza postępowaniem o udzielenie zamówienia informacje, które wywołały u niego obawę przed tym, czy nie został wprowadzony w błąd przez zamawiającego, co do rzeczywistych warunków świadczenia. Obawy te nie znajdują potwierdzenia w SWZ, a nadto co do obaw związanych z ilością dodatkowych 72 łóżek w pawilonie D deklarowanych przez zamawiającego jako elementu włączonego w usługę, to nie ma dowodu na to, że zamawiający zamierza wycofać się z tej deklaracji. Nie ma też dowodu, że remonty na terenie szpitala wpłyną na ilość założonych osobodni, czy wreszcie nie ma dowodu na trudną sytuację finansową szpitala zagrażającą płynnemu finansowaniu zamówienia. Co więcej te ostatnie okoliczności, nie świadczyłyby ani o niezgodnej z warunkami zamówienia treści oferty NIRO, ani o zaniżonej wycenie tej oferty, gdyż gdyby okazały się prawdą świadczyłyby o nienależytym wykonaniu zamówienia przez zamawiającego oraz wprowadzeniu w błąd wykonawców biorących udział w postępowaniu przez zamawiającego. Nie byłyby to zatem podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, ale mogłyby być podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia nie został opisany z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednak to, że powzięte przez NIRO informacje są prawdzie nie zostało wykazane, a odwołujący nie domagał się unieważnienia postępowania z uwagi na wadę opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Mając to na uwadze zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez wadliwą ocenę oferty wybranego wykonawcy polegającą na uznaniu przez zamawiającego, że treść oferty wybranego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia oraz z Ustawą i nie wymaga wyjaśnienia, podczas gdy oświadczenia wybranego wykonawcy, co do treści jego oferty, budzą co najmniej wątpliwości, czy:

a) wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia zgodną w warunkami i zasadami określonymi w SWZ, w tym w szczególności, czy wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia wraz z wybraną przez siebie infrastrukturą (instalacją gazową), która to infrastruktura nie jest udostępniana przez zamawiającego;

b) wybrany wykonawca rozpocznie realizację zamówienia na zasadach określonych w SWZ w terminie oznaczonym w SWZ;

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił złożone mu wyjaśnienia wykonawcy NIRO jako nie zmieniające oświadczenia tego wykonawcy zawartego w ofercie o zgodnym z warunkami zamówienia zamiarze wykonania przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy nie odnoszą się bowiem do treści złożonej oferty, ale do wątpliwości wykonawcy, które mu się nasunęły w skutek pozyskanych poza postępowaniem informacji. Tym samym nie można uznać, że wyjaśnienia te wprowadziły wątpliwości, co do treści oferty odwołującego, zwłaszcza, że sam zamiar wykonania zamówienia z wykorzystaniem infrastruktury gazowej nie był sprzeczny z SWZ, a część wątpliwości odnosiła się nie do zobowiązania wykonawcy, ale do zakresu zobowiązania i zamiaru/możliwości jego wykonania przez zamawiającego. Mając to na uwadze Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie powziął na podstawie złożonych wyjaśnień wątpliwości, co do treści złożonej przez

NIRO oferty, a tym samym w ocenie Izby nie było podstaw do ponownego zastosowania art.. 223 ust. 1 ustawy. Zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1, art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez zaniechanie powzięcia wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę i zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny mimo, że zamawiający - w związku z oświadczeniami złożonymi przez wybranego wykonawcę, - powinien być powziąć wątpliwości, czy zaoferowana przez tegoż wykonawcę cena umożliwia realizację zamówienia zgodnie z warunkami, ustalonymi w dokumentacji postępowania oraz nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający w szczególności powinien powziąć wątpliwości, czy:

a) cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę uwzględnia odpowiednie koszty:

i. odkupu lub montaży instalacji gazowej, wybranej przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia;

ii. energii niezbędnej do wytworzenia posiłków;

iii. wyposażenia kuchni w kotły i piece tj. koszty infrastruktury, niezbędnej do realizacji zamówienia, które to koszty przyjęte przez wybranego wykonawcę do obliczenia ceny ofertowej, mogą być zaniżone względem warunków zamówienia,
b) ilość żywionych osób, przyjęta przez wybranego wykonawcę do ustalenia ceny za realizację zamówienia jest zgodna z warunkami zamówienia; i z uwagi na powyższe powinien był wezwać ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny.

Zarzut nie potwierdził się. Izba zauważyła, że zamawiający podał, że przeznacza na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę 17 910 000,00zł. brutto, oferta NIRO opiewała na kwotę 18 778 044, 67zł., a więc przekraczającą ubruttowioną wartość szacunkową zamówienia. Natomiast oferta NIRO była ofertą najtańszą, ale od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert odbiegała o 8,27%, a więc nie zaistniała obligatoryjna przesłanka wyjaśnienia ceny ofertowej pod kątem ceny rażąco niskiej. Izba zauważyła, że ceny osobodni NIRO są również wyższe niż stawki po jakich obecnie świadczona jest usługa odpowiednio o 7 i 8 gr na osobodniu. Odwołujący poza przyjęciem za podstawę zarzutu wątpliwości zgłoszonych przez NIRO nie podjął nawet próby wykazania, że taki wzrost cen jest nierealny, nie gwarantuje pokrycia wszystkich kosztów świadczenia usługi. Izba zauważyła również, że z ilości wydawanych posiłków w latach 2019 - 2022 wynika, że w latach 2020 i 2021 liczba tych posiłków w stosunku do 2019 spadła o około 40 tys. na każdym posiłku w diecie ścisłej (z wyjątkiem podwieczorków) i około 1200 w diecie płynnej, natomiast dane za rok 2022 wskazują, że liczby z lat 2020 i 2021 mogą się co najmniej utrzymać, a nawet może wystąpić zwiększenie tej ilości, co też ma znaczenie dla kalkulacji stawki jednostkowej, co w świetle publicznie podawanych informacji o zwiększonej ilości hospitalizacji w związku z zakończeniem stanu epidemii pozwala wysnuć logiczny wniosek, że zapotrzebowanie na świadczenie usługi raczej nie będzie znacząco ograniczone niż w latach ubiegłych. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, co do realności ceny zaoferowanej przez NIRO.

Tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej tj.:

a) wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, której:

i. treść budzi wątpliwości, co do zgodności z warunkami postępowania i Ustawą;

ii. której cena budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

b) zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty odwołującego i wybór, jako najkorzystniej w postępowaniu, oferty złożonej przez innego wykonawcę.

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut była zarzutem wynikowym, zależnym od potwierdzenia się którego z poprzedzających zarzutów, co nie nastąpiło. W konsekwencji należało uznać, ze nie zaistniały okoliczności podważające prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy i

zarzut należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz nakazując odwołującemu zwrot na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą w kwocie 3 600zł.

Przewodniczący:.....