Sygn. akt: KIO 2113/22

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę: E.W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Rewolucja - usługi cateringowe E.W. z siedzibą w Łapach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Wasilków

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 240 ust. 1 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2113/22

UZASADNIENIE

Gmina Wasilków (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) - zwanej dalej „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych na świadczenie usługi przygotowania, dostarczenia obiadów i podwieczorków, numer referencyjny: OSO.271.23.2022.PN (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 lipca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00270288/01.

W dniu 12 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę: E.W. prowadzącą działalność

gospodarczą pod firmą Rewolucja - usługi cateringowe E.W.
z siedzibą w Łapach, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, związanych z oceną ofert złożonych w postępowaniu w części I i II zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe przyznanie odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom punktów w kryterium oceny ofert: „Czas dowozu posiłków” i zaniechanie wyboru ofert odwołującego jako najkorzystniejszej,

a w konsekwencji:

2. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz brak rzetelnej oceny oferty odwołującego,

ewentualnie, w przypadku nie uwzględnienia powyższych zarzutów:

3. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp i art. 242 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji kiedy zamawiający przewidział możliwość przyznawania punktów w ramach kryterium „Czas dowozu posiłków”, które to nie stanowi kryterium jakościowego i jako takie jest niedozwolone,

4. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 i ust. 2 oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji kiedy sposób przyznania punktów ramach kryterium „Czas dowozu posiłków” był niedoprecyzowany, co umożliwiało przyznanie punktów w sposób dowolny i niezobiektywizowany, kiedy to kryteria oceny ofert powinny być sformułowane jednoznacznie, zrozumiale oraz umożliwiać porównanie złożonych ofert.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Pruszynka Gastronomia P.P. (Część I) oraz wykonawcę Casablanca Catering sp. z o.o. (Część II) oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym uznania oferty odwołującego w obu częściach za najkorzystniejszą, względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej: unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 17 sierpnia 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu otwarcia ofert i po terminie określonym w art. 515 ust. 2 pkt 2 lub ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. Przedmiotem odwołania jest czynność zamawiającego, polegająca na wyborze jako najkorzystniejszych w części I i II ofert wykonawców, których oferty nie powinny zostać uznane za najkorzystniejsze. Zarzut ewentualny z kolei dotyczy konieczności unieważnienia postępowania. Tym samym termin na wniesienie odwołania liczony jest w tym przypadku od daty, kiedy zamawiający poinformował odwołującego o wyborze ofert najkorzystniejszych

w częściach I i II, co miało miejsce w dniu 8 sierpnia 2022 r. Tym samym odwołanie, złożone 12 sierpnia 2022 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu określonego przepisami ustawy Pzp.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia dla części I i II. Wskutek wadliwie dokonanych czynności w postępowaniu, polegających na dokonaniu oceny ofert w kryterium pozacenowym - czas dowozu posiłków w sposób dowolny, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w części I i II zamówienia. Powoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody załączone przez odwołującego do odwołania oraz złożone na rozprawie, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z pkt II specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") przedmiotem zamówienia jest: Część I - Świadczenie usługi przygotowania, dostarczenia obiadów i podwieczorków uczniom. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1a do SWZ. Część II - Świadczenie usługi przygotowania, dostarczenia obiadów i podwieczorków uczniom. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1b do SWZ.

Zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1a przedmiotem zamówienia dla części I było świadczenie usług polegających na przygotowaniu i dostarczaniu 450-550 porcji świeżych, urozmaiconych, lekkostrawnych, gorących zestawów obiadowych dziennie uczniom, 70-90 świeżych i urozmaiconych zestawów podwieczorkowych uczniom 6-letnim z oddziałów zerowych, w tym do 15 zestawów bez zawartości mleka dziennie uczniom uczulonym na laktozę. Liczba dni żywieniowych: 173. Liczba zestawów obiadowych w okresie obowiązywania umowy: 92 000 szt. Liczba zestawów podwieczorkowych w okresie obowiązywania umowy: 16 500 szt. Dostawy posiłków będą realizowane do: Szkoła Podstawowa im. Króla Zygmunta Augusta w Wasilkowie, ul. Polna 1/4A 16-010 Wasilków; Szkoła Filialna w Sochoniach, ul. Kościelna 1, 16-010 Wasilków; Szkoła Filialna w Jurowcach, ul. Wasilkowska 2, 16-010 Wasilków. Godziny dostaw obiadów: 9:50-10:20.

Godziny dostaw podwieczorków: 13:00-13:30. Dostawy dla szkół filialnych wynoszą po około 20 szt. obiadów dziennie. Dostawy do szkół filialnych będą realizowane w pojemnikach jednorazowego użytku wraz z odpowiednią ilością sztućców posiadających odpowiednie certyfikaty przeznaczone do kontaktu z żywnością.

Zamawiający opisał rodzaj, ilość i skład posiłków, zaznaczył jednocześnie, że wskazana ilość dni żywieniowych oraz posiłków jest szacunkowa i w czasie

obowiązywania umowy może ulec zmianie, co oznacza, że nie stanowi ostatecznego wymiaru zamówienia, w wyniku czego nie może być podstawą do zgłaszania roszczeń z tytułu nie zrealizowanych posiłków lub podstawą odmowy wykonania zamówienia. Wykonawcy będzie przysługiwało prawo do wynagrodzenia wyłącznie za faktycznie wydane posiłki. Ilość zestawów określana będzie każdorazowo przez zamawiającego.

W opisie przedmiotu zamówienia zawarto także wymagania w zakresie przygotowania i transportu zaznaczając, że te muszą być zgodne z odpowiednimi wymogami higieniczno-sanitarnymi. Pojemniki muszą być szczelnie zamknięte, aby nie wylewały się z nich dania płynne i utrzymywały odpowiednią temperaturę w miejscach dostarczenia posiłków: zupa min. 75 ^{O}C, drugie danie min. 65 ^{O}C, napoje gorące min. 80 ^{O}C, napoje zimne 4 * 14 ^{O}C, sałatki i surówki 4 + 8 ^{O}C.

Z kolei dla częsci II zamówienia opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1b. Przedmiotem zamówienia w tej części jest świadczenie usług polegających na przygotowaniu i dostarczaniu 300-305 porcji świeżych, urozmaiconych, lekkostrawnych, gorących zestawów obiadowych dziennie uczniom, 20-25 świeżych i urozmaiconych zestawów podwieczorkowych uczniom 6-letnim z oddziałów zerowych, w tym do 15 zestawów bez zawartości mleka dziennie uczniom uczulonym na laktozę. Liczba dni żywieniowych: 173. Liczba zestawów obiadowych w okresie obowiązywania umowy: 55 300 szt. Liczba zestawów podwieczorkowych w okresie obowiązywania umowy: 4 000 szt. Dostawy posiłków będą realizowane do następujących placówek: Szkoła Podstawowa Nr 1 im. ks. Wacława Rabczyńskiego w Wasilkowie ul. Mickiewicza 2, 16-010 Wasilków; Publiczna Szkoła Podstawowa im. Janusza Korczaka w Studziankach, ul. Supraślska 2, 16-010 Wasilków. Godziny dostaw obiadów:09:50-10:20. Godziny dostaw podwieczorków: 13:00-13:30. Dostawy dla szkoły w Studziankach wynoszą po około 80-85 obiadów oraz 20-25 zestawów podwieczorkowych dziennie.

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł rodzaj, ilość i skład posiłków, zaznaczył jednocześnie, że wskazana ilość dni żywieniowych oraz posiłków jest szacunkowa i w czasie obowiązywania umowy może ulec zmianie. Zawarto w nim także analogiczne wymagania odnoszące się do zasad przygotowania i transportu posiłków.

Izba ustaliła ponadto, że kryteriami oceny ofert, opisanymi w pkt XIV SWZ były: Cena - 60 % (60 pkt); czas dowozu posiłków - 30% (30 pkt); czas usunięcia reklamacji - 10 % (10 pkt). Zamawiający przewidział, że będzie przyznawał punkty dla danej części postępowania, w odpowiednim kryterium, w oparciu o informacje zawarte w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

Sporne kryterium pn. „Czas dowozu posiłków" miało być obliczone według wzoru:

$$CD = \frac{Cdn}{Cdo} \times 30 \text{ pkt}$$

gdzie:

CD - punkty przyznane w kryterium „Czas dowozu posiłków"

Cdn - najkrótszy czas dowozu posiłków (spośród nie odrzuconych ofert)

Cdo - czas dowozu posiłków oferty badanej

Czas dowozu posiłków miał być obliczony w następujący sposób: zamawiający dokona obliczenia odpowiednio dla danej części postępowania, na podstawie najkrótszego czasu zgodnie z miarą internetowej mapy elektronicznej Google (),
przy wyborze samochodu jako środka lokomocji i zaznaczeniu: start adres zadeklarowanego w Formularzu ofertowym miejsca wytwarzania/ przygotowywania posiłków przez wykonawcę w okresie realizacji przedmiotu umowy koniec - adres: część I - Szkoła Podstawowa im. Króla Zygmunta Augusta w Wasilkowie, ul. Polna 1/4A, 16-010 Wasilków, część II - Szkoła Podstawowa Nr 1 im. ks. Wacława Rabczyńskiego w Wasilkowie ul. Mickiewicza 2, 16-010 Wasilków.

Najkorzystniejsza oferta w odniesieniu do tego kryterium może uzyskać maksymalnie 30 punktów.

Dalej skład orzekający ustalił, że w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, w każdej części, wpłynęły 3 oferty, które uzyskały następującą liczbę punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Dla części I: (1) Casablanca Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku liczba pkt w kryterium cena: 57,36 pkt, liczba pkt w kryterium czas dowozu posiłków: 22,50 pkt, liczba pkt w kryterium czas usunięcia reklamacji: 10,00 pkt., łącznie: 89,86 pkt; (2) PRUSZYNKA Gastronomia P.P. z siedzibą w Białymstoku liczba pkt w kryterium cena: 55,13 pkt, liczba pkt w kryterium czas dowozu posiłków: 30,00 pkt, liczba pkt w kryterium czas usunięcia reklamacji: 10,00 pkt., łącznie: 95,13 pkt; Rewolucja - usługi cateringowe E.W. z siedzibą w Łapach liczba pkt w kryterium cena: 60,00 pkt, liczba pkt w kryterium czas dowozu posiłków: 22,50 pkt, liczba pkt w kryterium czas usunięcia reklamacji: 10,00 pkt., łącznie: 92,50 pkt.

Z kolei dla części II: (1) Casablanca Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku liczba pkt w kryterium cena: 59,66 pkt, liczba pkt w kryterium czas dowozu posiłków: 25,00 pkt, liczba pkt w kryterium czas usunięcia reklamacji: 10,00 pkt., łącznie: 94,66 pkt; (2) PRUSZYNKA Gastronomia P.P. z siedzibą w Białymstoku liczba pkt w kryterium cena: 54,03 pkt, liczba pkt w kryterium czas dowozu posiłków: 30,00 pkt, liczba pkt w kryterium czas usunięcia reklamacji: 10,00 pkt., łącznie: 94,03 pkt; Rewolucja - usługi cateringowe E.W. z siedzibą w Łapach liczba pkt w kryterium cena: 60,00 pkt, liczba pkt w kryterium czas dowozu posiłków: 23,68 pkt, liczba pkt w kryterium czas usunięcia reklamacji: 10,00 pkt., łącznie: 93,68 pkt.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego, jak również odpowiedzi na odwołanie (pismo z 17 sierpnia 2022 r.) zamawiający przyznał wykonawcom punkty w kryterium „czas dowozu posiłków" w następujący sposób. Pomiarów dokonał w dniu otwarcia ofert, w terminie dostaw posiłków określonym w opisie przedmiotu zamówienia, czyli w godz. 9:50-10:20. Przedmiotowe pomiary zostały przeprowadzone w obecności członków komisji przetargowej, z których każdy złożył odpowiednie oświadczenia o niekaralności oraz bezstronności. Punkty w kryterium zostały obliczone przy wykorzystaniu narzędzia internetowego - mapy elektronicznej Google (). Zamawiający otworzył w przeglądarce internetowej sześć zakładek, po trzy zakładki dla każdej z części postępowania z mapami elektronicznymi Google, z określonymi przez wykonawców w ofertach punktami startowymi i określonymi przez zamawiającego w SWZ miejscami dostaw. Zakładki dla każdej części zostały otwarte zgodnie z kolejnością złożonych ofert. Członek komisji przetargowej o godz. 9:50 rozpoczął wykonywanie pomiarów, które zapisywał do plików .PDF. Najpierw 3 pomiary dla części I postępowania, następnie 3 pomiary dla części II postępowania. Zamawiający zbilansował punkty wynikające z kryteriów oceny ofert w odpowiednich częściach postępowania i dokonał ocen ofert, na podstawie których wezwał najwyżej ocenionych wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Ponadto, jak stwierdził zamawiający z ostrożności procesowej, przewidując reakcję odwołującego, dla części II postępowania, na potrzeby ewentualnego odwołania, w obecności członków komisji przetargowej, w określonym w opisie przedmiotu zamówienia terminie dostaw posiłków, czyli w godz. 9:50-10:20, dokonał w dniu następnym o godz. 9:50 ponownych, identycznych dla wszystkich wykonawców, pomiarów. Uzyskane wyniki potwierdziły dane, uzyskane w trakcie badania z dnia otwarcia ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający naruszył bowiem art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 240 ust. 1 ust. 2 ustawy Pzp, przygotowując SWZ i opisując kryterium oceny ofert pn. „czas dowozu posiłków" z naruszeniem przepisu art. 240 ustawy Pzp, a wady tej nie da się naprawić na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozstrzygając sformułowane przez odwołującego zarzuty Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na treść przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przypomnieć należy, że obecne brzmienie tego przepisu tożsame jest z regulacją zawartą w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 r., a tym samym aktualne pozostają tak stanowisko doktryny, jak też orzecznictwo wypracowane na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów.

Wprawdzie w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania, gdyż celem każdego postępowania jest wybór oferty i zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, to jednak istnieją takie sytuacje i takie wady postępowania, kiedy na określonym etapie nie jest możliwe naprawienie przez zamawiającego popełnionych przez niego błędów, a dostrzeżona (bądź nie) wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zwrócić należy uwagę, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp składa się z koniunkcji okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu, tj. (i) musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); (ii) wada musi być niemożliwa do usunięcia; (iii) wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Po pierwsze zatem musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym odpowiedni dobór i opis kryteriów oceny ofert. Ten bowiem decyduje w jaki sposób i według jakich zasad, dokonany zostanie wybór oferty najkorzystniejszej, i co w realiach niniejszej sprawy istotne - takiej, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. To między innymi opis kryteriów oceny ofert decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za czyniące zadość podstawowym zasadom ustawy Pzp, w tym zasadzie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Warunkiem dla zachowania powyższych zasad jest, aby kryteria oceny ofert w postępowaniu zostały opisane w taki sposób, aby nie pozostawiały żadnej dowolności co do tego co, w jaki sposób i w jakiej procedurze (jeśli taka jest stosowana) oferty będą oceniane. Chodzi o to, by wykonawcy mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności móc w taki sposób dobrać jego parametry, aby to ich oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie składu orzekającego taka niejednoznaczność opisu co do sposobu dokonania oceny ofert w kryterium „czas dowozu posiłków", z którą mamy do czynienia w niniejszej sprawie, może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i być uznana za wadę takiego postępowania. Ustalone kryteria oceny ofert muszą bowiem pozwalać na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty i porównanie złożonych ofert, a wynik tego porównania ma wskazywać jednoznacznie, która oferta jest najkorzystniejsza i w sposób najlepszy realizuje cel zamówienia. Sposób oceny w ramach przyjętej metodologii nie może mieć charakteru subiektywnego, to jest prowadzić do subiektywnej oceny zamawiającego, choćby jak w tym przypadku przejawiającej się w tym jakiego dnia i o jakiej godzinie dokonać pomiaru w ramach kryterium „czas dowozu posiłków". Co prawda zarówno samo zastosowane kryterium oceny ofert pn. „czas dowozu

posiłków", jak i samo narzędzie, które zamawiający zastosował opisują sposób w jaki będzie

porównywał złożone oferty w tym kryterium - nie budzi kontrowersji w tym znaczeniu, że w istocie jest niezależne od zamawiającego i zostało wskazane w SWZ, to jednak już brak opisania jednoznacznych zasad dokonywania oceny (jako jedynie przykładowe w tym zakresie zapisy, które mógłby zastosować zamawiający można wskazać w tym miejscu: podanie jakiego dnia tygodnia i o jakiej godzinie dokonywane będą takie pomiary, powtórzenie pomiarów i uśrednienie uzyskanych wartości) powoduje, że w zależności od tego w jakim dniu i o jakiej godzinie zamawiający oceny dokona - uzyskane wyniki oceny ofert w ramach tego kryterium mogą się różnić. Potwierdzają to zarówno dowody

przedłożone przez odwołującego (załączone do odwołania i przedłożony na rozprawie), ale też sam zamawiający przyznając, że jeśli taki pomiar zostałby powtórzony, może wystąpić różnica w uzyskanych wynikach.

Jeśli tak jest w istocie, to prowadzi to w konsekwencji do sytuacji, w której uzyskana przez wykonawców punktacja w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert będzie różna, w zależności od dnia i godziny kiedy narzędzie wybrane przez zamawiającego zostanie zastosowane, co czyni tą ocenę niejednoznaczną, a przez to nieobiektywną. W rezultacie przekłada się to na ranking złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Taka sytuacja z kolei, w której istnieje dowolność w zakresie ustalenia rankingu złożonych ofert jest niedopuszczalna w świetle przepisu art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje dokonania opisu kryterium oceny ofert w sposób, który pozostawia zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru oferty najkorzystniejszej i uniemożliwia weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie danych zawartych w ofertach.

Następnie należało ocenić, czy taka wada postępowania jest możliwa do usunięcia i umożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W ocenie Izby na obydwa pytania należy odpowiedzieć przecząco.

Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta, choćby przez zmianę brzmienia kryteriów zawartych w SWZ. Nie sposób też wyobrazić sobie sytuacji, w której taka ocena mogłaby zostać dokonana w sposób odmienny, niż to wynika z samego opisu tego kryterium, gdyż konieczne byłoby jego doprecyzowanie, co również na obecnym etapie jest niedozwolone. Nie jest zatem możliwe, czego domagał się w pierwszej kolejności odwołujący, aby zamawiający wziął pod uwagę uzyskane przez niego wyniki pomiaru odległości i przydzielił mu większą liczbę punktów. Przede wszystkim podkreślić należy, że to zamawiający dokonuje oceny ofert w ramach kryteriów opisanych w SWZ, a ponadto taki sposób procedowania doprowadziłby do sytuacji, że także inni wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie przedstawialiby kolejne, uzyskane przez siebie wyniki pomiarów dowodząc, że i oni powinni uzyskać większą liczę punktów w tym kryterium.

Jeśli zatem w niniejszym postępowaniu oferty zostały już złożone, a więc niemożliwa jest zmiana treści SWZ, to wada stwierdzona przez Izbę ma charakter nieusuwalny. Nie ulega także wątpliwości, że taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem zakładany przez ustawodawcę cel, czyli wybór oferty najkorzystniejszej nie może zostać osiągnięty.

Jednocześnie umowa, zawarta w wyniku tak przeprowadzonego postępowania, które zostałoby udzielone z naruszeniem podstawowych zasad opisanych w ustawie Pzp, podlegałaby unieważnieniu, albowiem ocena taka odbywać się musi także w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych. W ocenie Izby uchybienie w procedurze zamówieniowej, które rzutuje na ważność umowy o zamówienie publiczne wpisuje się w omawianą przesłankę unieważnienia postępowania. Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp obejmuje wszelkie sytuacje, w których występuje wada postępowania niedająca się naprawić w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy, podstawą unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp będzie wystąpienie nieusuwalnej wady postępowania, tj. takiej, która nie może być przez zamawiającego skorygowana w toku postępowania przez unieważnienie czynności lub jej powtórzenie.

Na marginesie, zdaniem Izby dostrzeżenia wymaga, że w przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną. Warto zwrócić uwagę na art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70^5 Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70^5 Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp (por. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza; Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r., s. 1230 - 1231).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art.

575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami przegrywającą, czyli zamawiającego

Przewodniczący :

ich rozliczania oraz 2020r., poz. 2437 ze postępowania stronę