

WYROK

z dnia 11 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2022 r. przez wykonawcę CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka z siedzibą w Bydgoszczy,

przy udziale wykonawcy Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CATERMED spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi,

tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka z siedzibą w Bydgoszczy -

prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywieniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy”, numer referencyjny: 680/P/2022. Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2022 roku pod numerem: 2022/S 102-284799.

W dniu 23 września 2022 r. wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. dokonanie błędnej oceny oferty Fudeko S.A.
2. zaniechanie odrzucenia oferty Impel Catering sp. z o.o.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych

przepisów:

1. art. 107 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 239 ust. 1-2 Pzp poprzez:

a) wezwanie w dniu 30 sierpnia 2022 r. Fudeko S.A. do złożenia przedmiotowego środka dowodowego „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz.”, podczas gdy przedmiotowe środki dowodowe służące potwierdzeniu zgodności z kryteriami oceny ofert podlegają złożeniu wraz z ofertą i nie mogą być później uzupełnione;

b) przyznanie Fudeko S.A. jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia” oraz jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku”, co jest skutkiem nieprawidłowego uzupełnienia przez Fudeko S.A. przedmiotowego środka dowodowego „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz.”;

co doprowadziło w konsekwencji do błędnego wezwania Fudeko S.A. na podstawie art. 126 ust. 1 do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych oraz uznania oferty Fudeko S.A. za najkorzystniejszą i dokonanie jej wyboru na podstawie art. 239 ust. 1-2 Pzp

2. art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp poprzez:

a) wezwanie Impel Catering sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień Formularza cenowego

(załącznika nr 3) w zakresie wskazania kosztu surowca w stawce osobodnia, co oznaczało prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz skutkowało jej uzupełnieniem;

b) zaniechanie odrzucenia oferty Impel Catering sp. z o.o., pomimo, iż Wykonawca dokonał niedozwolonej zmiany treści formularza cenowego, w sytuacji gdy jego oferta podlegała odrzuceniu jako sporządzona w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, ewentualnie jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny kosztu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty Impel Catering sp. z o.o.;
3. powtórzenie czynności oceny ofert i przyznanie Fudeko S.A. 8 punktów zamiast 10;
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że:

W dniu 27 maja 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywieniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2022 roku pod numerem: 2022/S 102- 284799, numer referencyjny: 680/P/2022.

W dniu 13 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jak wskazał Zamawiający wybrana została oferta Wykonawcy Fudeko S.A., która otrzymała łączną liczbę punktów: 10. Drugie miejsce w konkursie ofert zajął Wykonawca Impel Catering sp. z o.o. z punktacją 9,78. Natomiast trzecie miejsce zajęła oferta Odwołującego z punktacją: 9,74.

W ocenie Odwołującego Zamawiający podczas postępowania naruszył przepisy ustawy poprzez dokonanie błędnej oceny oferty Fudeko S.A. oraz zaniechanie odrzucenia oferty Impel Catering sp. z o.o. , o czym szerzej niżej w uzasadnieniu do poszczególnych zarzutów.

Uzasadnienie zarzutu 1

W dniu 29 czerwca 2022 roku Zamawiający ogłosił o zmianie kryteriów oceny ofert w ten

sposób, że kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia brutto” zostało

zastąpione kryterium „Doświadczenia zawodowego mgr dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia”.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2022 roku (ogłoszonym w dniu 2 sierpnia 2022 roku) Zamawiający dokonał zmiany SWZ w ten sposób, że Zamawiający dokonał zmiany kryteria oceny ofert i zastąpił dotychczasowe kryterium „Doświadczenia zawodowego magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia” kryterium „Doświadczenia zawodowego w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia”.

Ponadto „Zamawiający wymaga od Wykonawcy podania w Formularzu oferty (załącznik nr 2 do SWZ) doświadczenia zawodowego w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i

żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia w latach, z zastrzeżeniem, że minimalne wymagania Zamawiającego zostały określone w warunkach udziału w postępowaniu w punkcie 5.2. lit b) SWZ. Zamawiający wymaga, aby osoby wskazane w Formularzu oferty były osobami skierowanymi do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem."

Zamawiający dokonał „zmiany wagi w kryterium „doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) mgr dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia” • doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) mgr dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia 10% oraz dodaje się nowe kryterium o poniższym brzmieniu i wadze: Doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) 10%” gdzie: doświadczenie 3 lata - 0 pkt. doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie - 5 pkt. doświadczenie powyżej 5 lat - 10 pkt.'

Co najważniejsze Zamawiający przewidział, że „Ocena punktowa w ramach powołanych kryteriów zostanie dokonana na podstawie deklaracji Wykonawcy w zakresie posiadanego doświadczenia (w formularzu oferty) oraz Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - załącznik nr 7.

Zamawiający w załączeniu przekazuje aktualny formularz oferty i aktualny załącznik nr 7 do SWZ.

Zmianie ulegają zapisy swz, gdzie w pkt. 7.2. Przedmiotowe środki dowodowe, które Wykonawca składa wraz z ofertą dodaje się lit. d) o poniższym brzmieniu:

d) Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ."

W dniu 22 sierpnia 2022 r. Wykonawca Fudeko S.A. złożyło ofertę. Fudeko S.A. nie załączyło do oferty „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz."

W dniu 30 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Fudeko S.A. do złożenia szeregu dokumentów, w tym „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz."

Zamawiający dokonując w.w. wezwania naruszył art. 107 ust. 2 i 3 Pzp, ponieważ Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z treścią w.w. przepisów:

„Art. 107. [Złożenie przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych]

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

Dodatkowo Zamawiający w samym SWZ wskazał, iż:

„7.2.1 Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub

uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Postanowienia w zdaniu poprzedzającym nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”

Mając na względzie powyższe należy uznać, że Zamawiający nie mógł wezwać Fudeko S.A. do złożenia „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz.”, ponieważ ten przedmiotowy środek dowodowy służył potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, zatem nie mógł podlegać uzupełnieniu.

Tym samym Fudeko S.A. nie powinno otrzymać jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku ministra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia” oraz jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku”. Tym samym po obniżeniu przyznanych punktów Fudeko S.A. powinno otrzymać łącznie 8 punktów.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zamawiający w pkt 12.4 ppkt 2 SWZ przewidział, że wraz z ofertą ma być złożony Formularz cenowy, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ.

W załączniku nr 3 do SWZ Zamawiający zastrzegł konieczność wskazania kosztu surowca w stawce osobodnia.

Impel Catering sp. z o.o. dołączył do oferty Formularz cenowy, w którym nie został wskazany koszt surowca w stawce osobodnia.

FORMULARZ CENOWY

Ceny jednostkowe posiłków

Lp.	Rodzaj posiłku	jm.	Ilość	Cena jedn. netto	VAT	Cenajedn. brutto
koszt surowca w stawce osobodnia						
1	Śniadanie	SC1-	1	15,7PZł	8%	13,78
2	Obiad	set.	1	21,26 zł	8%	21,96
3	Kołaćca	set	1	8,50 zł	8%	9,18
4	Ogółem stawka dzienna osobodnaisuma poz. od 1 do 3)			42,52 zł	8%	45,92
5	Posiłek diet (posiłek: zupa poopencyjna, kleik, kisiel) Nr IVa, Va, Vb	set	1	H2zł	8%	2,29
6	Posiłek profilaktyczny	set.	1	8,50 zł	8%	9,18

Wartość zamówienia w skali jednego miesiąca (30 dni):

Lp.	Rodzaj posiłku	jm.	Ilość	Cena Netto	Wartość netto	VAT%	Wartość VAT	Wartość brutto
1	Całodzienne stawka żywieniowa	set.	6200	42,52 zł	263 624,00 zł	8%	21 089,92 zł	284 713,92 zł
2	Posiłki dietetyczne	set.	1000	2,12 zł	2 120,00/1	8%	169,60 zł	2 289,60 zł
3	Posiłki profilaktyczne *	set.	560	8,50 zł	4 760,00 zł	8%	380,80 zł	5 140,80 zł
SUMA					270 504,00 zł	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx	21 640,32 zł	292 144,32 zł

dotyczy 5 miesięcy w roku I.U.R.X.XI

Wartość zamówienia w skali 36 miesięcy:

Lp.	Rodzaj posiłku	jm.	Ilość	Cena netto w skali 30 dni	Wartość netto	VAT%	Wartość VAT	Wartość Brutto
1	Całodzienne stawka żywieniowa	set.	36	263 624,00 zł	9 474 864,00 zł	8%	759 237,12 zł	10 234 099,12 zł
2	Posiłki dietetyczne	set	36	2 120,00 zł	76 320,00 zł	8%	6 105,60 zł	82 425,60 zł
3	Posiłki profilaktyczne	set	15	4 760,00 zł	71 400,00 zł	8%	5 711,00 zł	77 111,00 zł
SUMA				270 504,00 zł	9 638 184,00 zł	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx	771 054,72 zł	10 409 238,72 zł

Podpis i pieczęć inna osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy

Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2022 r. wezwał Wykonawcę - Impel Catering sp. z o.o. do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy podpisując formularz oferty Wykonawca zaakceptował warunki specyfikacji dot. kosztu surowca w stawce osobodnia (tzw. wsad surowcowy do kotła), gdyż w formularzu cenowym nie została podana informacja dotycząca kosztu surowca w stawce osobodnia.

W dniu 2 września 2022 r. Wykonawca - Impel Catering sp. z o.o. potwierdził, że Wykonawca, podpisując formularz oferty, zaakceptował warunki specyfikacji. Koszt surowca w stanie osobodnia wynosi 17,60 zł netto, tj. 19,01 zł brutto i przekazał poprawiony formularz cenowy (uzupełnione dane zaznaczone na czerwono - grafika poniżej).

@ 1_ zmiana_Formularz_cenowy_poprawiony.pdf - Adobe Acrobat Reader DC (32-bit)

Plik Edycja Widok Podpis Okno Pomoc

Strona główna Narzędzia 1_ zmiana_Formula... x| formularz_oferty_Z...

B ☆ S a a

66,7%zmiana Formuł

Podpisana, Wszystkie podpisy są poprawne.

Załącznik, nr 3
Załącznik Nr Ldounowyl

FORMULARZ CENOWY

Ce-;esnasbye uzKów

Lp.	Rodzaj posiłku	j.m.	ilość	Cena jedn. netto	VAT	Cena jedn. brutto
koszt surowca w stawce osobodnia				17,60 zł	8%	19,01
	Śniadanie	szt.	1	12,76 zł	8%	13,78
	Obiad	szt.	1	21,26 zł	8%	22,96
3	Kolacja	szt.	1	8,50 zł	8%	9,18
4	Ogółem stawka dzienna osobodnia (suma poz. od ldo 3)			42,52 zł	8%	45,92
5	Posiłek diet (posiłki: zupa poperacyjna, klask, k bisiel) NUTIS, 30,0	szt.	1	2,12 zł	8%	2,29
6	Posiłek profilaktyczny	szt.	1	8,50 zł	8%	9,18

Wartość zamówienia w skali jednego miesiąca (30 dni):

Lp.	Rodzaj posiłku	j.m.	ilość	Cena Netto	Wartość netto	VAT%	Wartość VAT	Wartość brutto
1	Całodzienne stawka żywniowa	szt.	8200	42,52 zł	263 624,00 zł	3%	21 089,92 zł	284 713,92 zł
2	Posiłki dietetyczne	szt.	1000	2,12 zł	2 120,00 zł	8%	169,60 zł	2 289,60 zł
3	Posiłki profilaktyczne *	szt.	560	8,50 zł	4 760,00 zł	3%	380,80 zł	5 140,80 zł
SUMA					270 504,00 zł		21 640,32 zł	292 144,32 zł

* dotyczy 5 miesięcy w roku u i, E, Ii, XI, XII

Wartość zamówienia w skali 36 miesięcy:

Lp.	Rodzaj posiłku	j.m.	Ilość miesięcy	Cena netto w skali 30 dni	Wartość netto	VAT %	Wartość VAT	Wartość Brutto
1	Całodzienne stawka żywniowa	szt.	36	263 624,00 zł	9 490 464,00 zł	3%	759 237,12 zł	10 249 701,12 zł
	Posiłki dietetyczne	szt.	36	2 120,00 zł	76 320,00 zł	3%	6 105,60 zł	82 425,60 zł
3	Posiłki profilaktyczne	szt.	15	4 760,00 zł	71 400,00 zł	3%	5 712,00 zł	77 112,00 zł
SUMA					270 504,00 zł		836 134,00 zł	10 409 238,72 zł

Podpis jestprawcowy

Podpis i pieczęć inna osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy

Zamawiający swoim zachowaniem naruszył art. 226 ust 1 pkt 5 i 10 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Impel Catering sp. z o.o. pomimo, iż Wykonawca dokonał niedozwolonego uzupełnienia treści formularza cenowego (załącznika nr 3), w sytuacji gdy oferta Impel Catering sp. z o.o. podlegała odrzuceniu jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż w ogóle nie zawierała informacji dotyczącej kosztu surowca w stawce osobodnia.

Zamawiający wzywając Impel Catering do złożenia wyjaśnień dotyczących kosztu surowca w stawce osobodnia brutto dopuścił się prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, a w konsekwencji dokonano także zmiany w jej treści, co doprowadziło do naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy oferta Impel Catering sp. z o.o. podlegała odrzuceniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. (pismo z dnia 29 września 2022 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że:

Polemizując z zarzutem nr 1, Zamawiający, wnosi o oddalenie odwołania. Wniosek Zamawiający uzasadnia wskazując, że Odwołujący mylnie klasyfikuje środek dowodowy przedmiotowy. Zamawiający stoi na stanowisku, iż w dniu 30 sierpnia 2022 roku, wezwał Wykonawcę FUDEKO S.A. do złożenia podmiotowego środka dowodowego z uwagi na to, że oferta tego Wykonawcy została oceniona najwyżej. Zamawiający w celu oceny złożonych ofert, w zakresie kryterium:

doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w

rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia - 10%

gdzie:

doświadczenie 3 lata - 0 pkt.

doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie - 5 pkt.

doświadczenie powyżej 5 lat - 10 pkt.

oraz

doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) 10%”

gdzie:

doświadczenie 3 lata - 0 pkt.

doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie - 5 pkt.

doświadczenie powyżej 5 lat - 10 pkt.

żądał od Wykonawców deklaracji w zakresie posiadanego doświadczenia (w formularzu oferty) oraz Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - załącznik Nr 7 do SWZ, zgodnie z pismem z dnia 01.08.2022 roku.

Jednocześnie Zamawiający w pkt. 5.2. SWZ określił warunki udziału w postępowaniu w kryterium zdolności technicznej lub zawodowej. Na potwierdzenie spełniania warunków zgodnie z pkt. 7.3.5. SWZ Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, zgodnie z załącznikiem nr 7 do niniejszej SWZ.

W dniu 22.08.2022 roku odbyło się otwarcie ofert w przetargu nieograniczonym na „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy”, gdzie zostały złożone 3 oferty. Podczas badania złożonych ofert stwierdzono brak załącznika Nr 7 w ofercie Wykonawcy FUDEKO S.A.

Zamawiający biorąc pod uwagę, że złożona oferta Przystępującego w tym postępowaniu Wykonawcę FUDEKO S.A. zawierała informacje niezbędne do oceny złożonych ofert (zawarte z formularzu oferty), Zamawiający był uprawniony do dokonania oceny ofert, bez wzywania do uzupełnienia złożonej oferty przez Wykonawcę FUDEKO S.A.

Konkludując, Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci załącznika nr 7 do SWZ, albowiem dokonał oceny oferty na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzu Oferty.

Zgodnie z zapisami SWZ, cyt. „W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje większą niż wymaganą liczbę kucharzy z co najmniej 3 letnim doświadczeniem, w formularzu ofertowym należy podać najdłuższe doświadczenie jednego z kucharzy”, potwierdza, że informacje zawarte w Formularzu ofertowym są dla Zamawiającego wiążące i stanowią oświadczenie

woli Wykonawcy.

Zamawiający w związku z brakiem jednego z dokumentów przedmiotowych - załącznika nr 7 Wykonawcę FUDEKO S.A., który w niniejszym postępowaniu pełnił podwójną rolę, jako dokument przedmiotowy i jako dokument podmiotowy (o złożenie którego poproszono Wykonawcę, który uzyskała najwyższą ilość punktów, tj. Wykonawcę FUDECO dnia 30.08.2022 roku, zgodnie z art. 126 ust.1 Ustawy Pzp), podjął decyzję i dokonał oceny oferty Wykonawcy FUDEKO na podstawie danych zawartych w formularzu oferty. Choć brak było załącznika nr 7 do oferty, to Zamawiający posiadał informację na temat doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie kucharzy i magistra dietetyki.

Oferta Wykonawcy FUDEKO nie może otrzymać niższej oceny punktowej, ponieważ Zamawiający mógł dokonać oceny ofert, gdyż posiadał wymagane informacje w formularzu oferty.

W przedmiotowym przypadku składane przez wykonawców w formularzu ofertowym oświadczenie w przedmiocie zobowiązania się do realizacji zamówienia z udziałem osób o określonym doświadczeniu, podlegające ocenie w ramach kryterium wskazuje wprost na sposób realizacji zamówienia, który jest odpowiednio premiowany przez Zamawiającego punktami. Zobowiązanie składane w ofercie w tym przedmiocie stanowi jej treść.

Zgodnie z wykładnią oświadczenia woli określonej w art. 65 Kodeksu cywilnego postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny. Artykuł 65 par. 1 Kodeksu cywilnego, zawierający dyrektywy wykładni oświadczeń woli, nakazuje uwzględniać kontekst danego oświadczenia - zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje. Wszelkie niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Treść oświadczeń składanych przez strony postępowania w trybie zamówień publicznych, takich jak: SWZ, czy oferta wykonawcy, podlegają regułom wykładni oświadczeń woli i wiedzy (art. 65 i 65 1 Kodeksu cywilnego), przy czym z tym zastrzeżeniem, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców.

W związku z powyższym wniosek o oddalenie odwołania jest uzasadniony.

Polemizując z zarzutem nr 2 do wniesionego przez Odwołującego, Zamawiający wnosi o jego oddalenie w całości.

Zarzut brzmi następująco:

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp poprzez:

a) wezwanie Impel Catering sp. Z o.o. do złożenia wyjaśnień Formularza cenowego (załącznika nr 3) w zakresie wskazania kosztu surowca w stawce osobodnia, co oznaczało prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz skutkowało jej uzupełnieniem;

b) zaniechanie odrzucenia oferty Impel Catering sp. z o.o., pomimo, iż Wykonawca dokonał niedozwolonej zmiany treści formularza cenowego, w sytuacji gdy jego oferta podlegała odrzuceniu jako sporządzona w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, ewentualnie jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny kosztu.

Bezspornie, złożone wyjaśnienie Wykonawcy Impel Catering Sp. z o. o oraz brak wypełnienia poz. 1 formularza cenowego nie ma wpływu na wartość złożonej oferty i oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oferty.

Uzasadniając zaprezentowane stanowisko, zgodnie z art. 223 Ustawy Pzp Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści

złożonych ofert.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 223 ust. 1 daje prawo Zamawiającemu do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty.

Wykonawca Impel Catering Sp. z o. o. w złożonym wraz z ofertą w dniu 22.08.2022 roku formularzu cenowym nie wypełnił pozycji: „koszt surowca w stawce osobodnia”. W formularzu cenowym Zamawiający żądał potwierdzenia przez Wykonawców składających ofertę, że spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie kosztu surowca w stawce osobodnia.

Zgodnie z punktem 1 formularza oferty Wykonawca oświadcza, że „Niniejsza oferta w pełni spełnia wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia” i należy przyjąć, że Firma IMPEL Catering Sp. z o.o. akceptuje „Koszt surowca w stawce osobodnia (tzw. wsad surowcowy do kotła)” nie może być niższy niż 19,00 zł brutto w żywieniu pacjentów”.

Na podstawie art. 223 ustawy Pzp Zamawiający w piśmie z dnia 31.08.2022 roku zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie czy Wykonawca składając ofertę i podpisując formularz oferty i formularz cenowy zaakceptował warunki specyfikacji, określone w pkt. 1.5. załącznika nr 4 do SWZ, gdzie Zamawiający określił: „Koszt surowca w stawce osobodnia (tzw. wsad surowcowy do kotła)” nie może być niższy niż 19,00 zł brutto w żywieniu pacjentów”.

Wykonawca Impel Catering Sp. z o. o. w piśmie z dnia 02.09.2022 r. udzielił odpowiedzi: „potwierdzamy i oświadczamy, że Wykonawca, podpisując formularz oferty, zaakceptował warunki specyfikacji.” Jako załącznik do wyjaśnień Wykonawca załączył poprawiony formularz cenowy jednak Zamawiający nie brał go pod uwagę i przyjął wyjaśnienie Wykonawcy.

Powyższe przesądza, że istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie powołanego przepisu. Taka działanie było uzasadnione faktem, iż treść oferty była niejasna, budziła wątpliwości. W żadnym wypadku nie sposób uznać, że zamawiający dopuścił się działań, które można klasyfikować jako niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę. Takie zdarzenia nie miały miejsca. Zamawiający zaprzecza temu, że prowadził negocjacje z Wykonawcą w zakresie ceny oferty - wyjaśnienie treści złożonej oferty nie wpłynęło na wartość oferty tylko potwierdziło zgodność złożonej oferty ze SWZ. Twierdzenia przedstawione w odwołaniu przez Odwołującego nie są prawdziwe.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2022 roku pod numerem: 2022/S 102-284799.

W dniu 23 września 2022 r. wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. dokonanie błędnej oceny oferty Fudeko S.A.
2. zaniechanie odrzucenia oferty Impel Catering sp. z o.o.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 107 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 239 ust. 1-2 Pzp poprzez:

a) wezwanie w dniu 30 sierpnia 2022 r. Fudeko S.A. do złożenia przedmiotowego środka

dowodowego „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz.”, podczas gdy przedmiotowe środki dowodowe służące potwierdzeniu zgodności z kryteriami oceny ofert podlegają złożeniu wraz z ofertą i nie mogą być później uzupełnione;

b) przyznanie Fudeko S.A. jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia” oraz jednego punktu w kryterium „Doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku”, co jest skutkiem nieprawidłowego uzupełnienia przez Fudeko S.A. przedmiotowego środka dowodowego „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do niniejszej swz.”;

co doprowadziło w konsekwencji do błędnego wezwania Fudeko S.A. na podstawie art. 126 ust. 1 do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych oraz uznania oferty Fudeko S.A. za najkorzystniejszą i dokonanie jej wyboru na podstawie art. 239 ust. 1-2 Pzp

2. art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp poprzez:

a) wezwanie Impel Catering sp. Z o.o. do złożenia wyjaśnień Formularza cenowego

(załącznika nr 3) w zakresie wskazania kosztu surowca w stawce osobodnia, co oznaczało prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz skutkowało jej uzupełnieniem;

b) zaniechanie odrzucenia oferty Impel Catering sp. z o.o., pomimo, iż Wykonawca dokonał niedozwolonej zmiany treści formularza cenowego, w sytuacji gdy jego oferta

podlegała odrzuceniu jako sporządzona w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, ewentualnie jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny kosztu.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź, Zamawiający wnoszą o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni, ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia w części dotyczącej zarzutu nr 1 odwołania, tj. naruszenia przepisów art. 107 ust. 2 i 3 PZP oraz art. 239 ust. 1-2 PZP.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022

r. (pismo z dnia 3 października 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 107 ust. 2 i 3 ustawy PZP:

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

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze

art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

20

I.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego

art. 107 ust. 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że spór między stronami dotyczył czy wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za

świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także

zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ, jest podmiotowym czy przedmiotowym środkiem dowodowym.

Izba zważa, że Zamawiający w celu oceny złożonych ofert w zakresie kryterium oceny ofert w przedmiocie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia punktował

doświadczenie zawodowe (po modyfikacji SWZ) w poniższy sposób:

- doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w

rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j.

Dz. U. 2020.2021) magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia - 10%

gdzie:

doświadczenie 3 lata - 0 pkt.

doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie - 5 pkt.

doświadczenie powyżej 5 lat - 10 pkt.

oraz

- doświadczenie zawodowe kucharza w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. 2020.2021) - 10%

gdzie:

doświadczenie 3 lata - 0 pkt.

doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie - 5 pkt.

doświadczenie powyżej 5 lat - 10 pkt.

Ponadto Izba zważy, że zgodnie z pkt 5.2. lit. b SWZ (po modyfikacji SWZ), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadające doświadczenie, wykształcenie i kwalifikacje zawodowe do wykonania zamówienia w zakresie usług, w tym:

- co najmniej 1 dietetykiem dyplomowanym posiadającym odpowiednie kwalifikacje zawodowe (ukończona wyższa szkoła, uzyskanie tytułu mgr w dziedzinie dietetyki/ technologii żywienia);
- co najmniej 1 osobą, która posiada udokumentowane co najmniej 3 letnie doświadczenie na stanowisku menagera w świadczeniu usługi codziennego żywienia w świadczeniu usługi codziennego żywienia pacjentów zakładu/ów opieki zdrowotnej,
- co najmniej 6 kucharzami (po ukończonej szkole gastronomicznej) posiadającymi odpowiednie kwalifikacje (szef kuchni, zastępca szefa kuchni, kucharze), w tym co najmniej 1 kucharza z minimum 3 letnim doświadczeniem w żywieniu zbiorowym.

Izba dodatkowo wskazuje, że Zamawiający w piśmie z dnia 1 sierpnia 2022 r. modyfikując SWZ określił, iż w przypadku, gdy Wykonawca, zaoferuje większą niż wymaganą liczbę kucharzy z co najmniej 3 letnim doświadczeniem, w formularzu ofertowym należy podać najdłuższe doświadczenie jednego z kucharzy, a ocena punktowa w ramach powołanych kryteriów zostanie dokonana na podstawie deklaracji Wykonawcy w zakresie posiadanego doświadczenia (w formularzu oferty) oraz Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - załącznik nr 7 do SWZ. Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego został również wprowadzony w wyniku modyfikacji SWZ w pkt. 7.2. lit. d do przedmiotowych środków dowodowych, a który to środek dowodowy nie został złożony przez Przystępującego wraz z ofertą.

Izba zważy, że na potwierdzenie spełniania warunków zgodnie z pkt 7.3. SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, wśród których w pkt 7.3.5. SWZ znalazł się Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, który stanowił podmiotowy środek dowodowy od momentu wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Należy w tym miejscu podkreślić, że w zmodyfikowanym formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, Zamawiający w ramach doświadczenia zawodowego magistra dietetyki i kucharza wymagał podania wyłącznie liczby lat: „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j.Dz.U.2020.2021) magistra dietetyki

wyznaczonego do realizacji zamówienia wynosi.....lat, Doświadczenie zawodowe kucharza w

żywieniu zbiorowym w zakładzie żywienia zbiorowego w rozumieniu ustawy z dnia 25 sierpnia

2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j.Dz.U.2020.2021) wynosi lat”, tak

samo jak w zmodyfikowanym Wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ w kolumnie dotyczącej doświadczenia zawodowego: „Doświadczenie zawodowe w żywieniu zbiorowym (podane w latach)”.

Tym samym, zdaniem Izby, rację ma Przystępujący, który w piśmie procesowym stwierdził, że: „Wykaz osób nie zawierał żadnych dodatkowych informacji, niezbędnych dla

Zamawiającego dla przyznania Przystępującemu punktów w kryterium doświadczenia magistra dietetyki i kucharza, których nie zawierałby formularz ofertowy złożony przez Przystępującego, a także na rozprawie: „Załącznik nr 7 nie miał żadnego znaczenia dla przyznania punktów przy ocenie ofert. W formularzu ofertowym jednoznacznie wynika, że jest to doświadczenie osób, które są przeznaczone do realizacji zamówienia. Natomiast załącznik nr 7 był istotny z punktu widzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zawierał żadnych dodatkowych informacji, które by wpłynęły na przyznanie punktów. Podanie imienia i nazwiska również nie wpływało na przyznanie punktów. (...) Kryterium oceny ofert dotyczyło wyłącznie czynności lat doświadczenia dietetyka i kucharza, niezależnie od tego, gdzie zostało ono zdobyte”.

Nadto sam Zamawiający potwierdził powyższe, wskazując na rozprawie, że: „tylko oceniał lata doświadczenia, nie nazwiska osoby, gdzie skończyła studia. Zamawiający niepotrzebnie wskazywał wykaz jako przedmiotowy środek dowodowy, ale nie miało to wpływu na ocenę informacji zawartych w formularzu ofertowym i w wykazie załącznika nr 7, informacje te są identyczne i dlatego podjął Zamawiający decyzję, aby poddać tę ofertę ocenie”.

W związku z powyższym, Zamawiający zgodnie z zapisami pkt 2.3. SWZ: „Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu”, w dniu 30 sierpnia 2022 r. wezwał Przystępującego, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, aktualnych na dzień składania, podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP.

Izba zważa, że nie ma racji Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 107 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez wezwanie Przystępującego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, ponieważ takie wezwanie „w ogóle nie miało miejsca” w przedmiotowym postępowaniu, albowiem Zamawiający wezwał Przystępującego wyłącznie

do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust.1 ustawy PZP.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym, wszelkie dywagacje Odwołującego co do pełnienia przez Wykaz osób - załącznik nr 7 do SWZ dwóch funkcji - jako podmiotowy i przedmiotowy środek dowodowy, które zostały przedstawione w piśmie z dnia 6 października 2022 r. oraz na rozprawie, nie były brane pod uwagę przez Izbę, ponieważ okoliczność ta nie została wyraźnie ujęta w treści odwołania (Wykaz osób był traktowany przez Odwołującego wyłącznie jako przedmiotowy środek dowodowy), a co słusznie zauważył Przystępujący na rozprawie: „odwołujący zmienia zarzuty, które były podniesione w odwołaniu, ponieważ w odwołaniu zarzucał nieuprawnione wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które w jego ocenie stanowiło podstawę do przyznania punktów”.

Ponadto Izba zważa, że powołany przez Odwołującego w piśmie z dnia 6 października 2022 r. wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r. o sygn. akt. KIO 763/17, dotyczył innej sytuacji niż w przedmiotowej sprawie. W tamtym postępowaniu wykonawca złożył oświadczenie, że: „Wskazany Projektant branży konstrukcyjnej wykonał 5 Projektów Budowlanych dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej a dla 5 Projektów (wskazanych powyżej) uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę, które umożliwiło realizację robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej”, a dodatkowo miał złożyć wykaz wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej. Jednakże jak stwierdził tamtejszy skład orzekający: „Wykonawca nie złożył w ofercie wymaganego wykazu, a tym samym Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny jego oferty i przyznania punktacji w kryterium opisanym w pkt 17.1.2 SIWZ: „Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej”.

W realiach niniejszej sprawy, podanie imienia i nazwiska, wykształcenia czy podstawy dysponowania osobami wskazanymi w Wykazie osób nie wpływało na przyznanie punktów, o

czym świadczą słowa Zamawiającego na rozprawie: „tylko oceniał lata doświadczenia, nie nazwiska osoby, gdzie skończyła studia”. Poza tym osoby wskazane w Wykazie mogą zostać „wymienione byleby był spełniony wymóg doświadczenia”, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie. Tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, aby „jako przedmiotowy środek dowodowy służył do analizy indywidualnych osób i ich doświadczenia na potrzeby przyznawania punktów”.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy PZP, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Oznacza to, że przedmiotowe środki dowodowe są merytorycznie powiązane z opisem przedmiotu zamówienia, a nie kryteriami kwalifikacji wykonawcy. Odnoszą się one bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia).

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że podstawowym dokumentem składanym w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia jest certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę ustawy PZP). W przypadku zamówień o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami, jeżeli spełnione są łącznie warunki określone w ustawie PZP, zamawiający może w opisie przedmiotu zamówienia, opisie kryteriów oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia żądać od wykonawcy określonej etykiety.

Nadto Izba wskazuje, że katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym, o czym świadczy treść art. 106 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający może żądać innych niż wskazane w PZP przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Izba uważa, że kryterium rozróżniającym i decydującym o odmiennej kwalifikacji dokumentów przedmiotowych jest cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Zgodnie bowiem z komentarzem pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień publicznych Warszawa 2021, str. 363: „Przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze”.

Izba podkreśla, że ustawodawca obok definicji przedmiotowych środków dowodowych, wprowadził do ustawy PZP również definicję podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie bowiem z art. 7 pkt 17 ustawy PZP przez podmiotowe środki dowodowe rozumie się środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w

Nadto Izba wskazuje, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego jest środkiem dowodowym wprost wymienionym w katalogu podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że w przedmiotowym postępowaniu Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego stanowił podmiotowy środek dowodowy służący potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 5.2. lit. b w zw. z pkt. 7.3. w zw. z pkt 7.3.5. SWZ), a nie przedmiotowy środek dowodowy służący potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, pomimo wprowadzenia go przez Zamawiającego w pkt 7.2. lit. d do przedmiotowych środków dowodowych.

Izba zwraca uwagę, że nawet gdyby uznać, że Wykaz osób stanowił przedmiotowy środek dowodowy (z czym Izba się nie zgadza), to żądanie przedłożenia ww. środka dowodowego przez Zamawiającego było nieuzasadnione, gdyż nie był on niezbędny do przeprowadzenia postępowania, ze względu na to, że Zamawiający mógł przyznać punkty w kryterium doświadczenia zawodowego magistra dietetyki i kucharza poprzez zadeklarowanie liczby lat w formularzu ofertowym bez potrzeby zasięgnięcia do ww. Wykazu.

Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający nie naruszył art. 107 ust. 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, który jest zarzutem wynikowym.

Odnosnie zarzutów Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP, są zdaniem Izby zasadne, ale wyłącznie w zakresie naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 (załącznik nr 1 do umowy) nie wypełnił pozycji: „koszt surowca w stawce osobodnia”. Zgodnie z pkt 1.5. załącznika nr 4 - Warunki graniczne realizacji zamówienia do SWZ: „koszt surowca w stawce osobodnia (tzw. wsad surowcowy do kotła”) nie może być

niższy niż 19,00 zł brutto w żywieniu pacjentów, a w przypadku posiłku profilaktycznego 5,00 zł brutto. Wymaga to udokumentowania i przedłożenia Zamawiającemu odpowiednich dokumentów raz na 10 dni”.

W dniu 31 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Impel Catering Sp. z o.o. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty m.in. w zakresie: „kosztu surowca w stawce osobodnia”, wskazując, że: „W złożonym wraz z ofertą formularzu cenowym nie została podana informacja dotycząca kosztu surowca w stawce osobodnia. Zamawiający w pkt. 1.5. załącznika nr 4 do SWZ określił: „Koszt surowca w stawce osobodnia (tzw. wsad surowcowy do kotła”) nie może być niższy niż 19,00 zł brutto w żywieniu pacjentów ...”. Czy podpisując formularz oferty Wykonawca zaakceptował warunki specyfikacji?”.

W wyniku powyższego wezwania, wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. w piśmie z dnia 2 września 2022 r. udzielił poniższej odpowiedzi: „ w odpowiedzi na pismo otrzymane w dniu 01.09.2022r. potwierdzamy i oświadczamy, że Wykonawca, podpisując formularz oferty, zaakceptował warunki specyfikacji. Koszt surowca w stawce osobodnia wynosi 17,60 zł netto tj. 19,01 zł brutto. W załączeniu przekazujemy poprawiony formularz cenowy”.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Tym samym celem wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego.

Izba zważa, że w wyniku braku informacji w formularzu cenowym dotyczącej kosztu surowca w stawce osobodnia, nie może być mowy o informacji nieprecyzyjnej, niejasnej, dwuznacznej lub która budziła wątpliwości interpretacyjne. Poza tym, ze stwierdzenia Zamawiającego, że: „Wykonawca załączył poprawiony formularz cenowy jednak Zamawiający nie brał go pod uwagę i przyjął wyjaśnienia Wykonawcy” jednoznacznie wynika, iż Wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. nie wypełnił wymaganej pozycji, załączając poprawiony formularz cenowy.

Tym samym Izba zgadza się z Odwołującym, że: „Pytanie Zamawiającego, czy wykonawca zaakceptował warunki specyfikacji nie wnosi nic do postępowania, bo każdy wykonawca musi je zaakceptować składając ofertę. Te pytanie nie dotyczy niejasności treści oferty, a dotyczy podania tego czego nie ma w ofercie. Wyjaśnienia treści oferty służą wyjaśnieniu niejasności podanych w ofercie, lecz nie służą uzupełnieniu tego czego w ofercie w ogóle nie ma. (...) Zamawiający nie mógł odczytać, ile wynosiła wartość wsadu do tego kotła, mogło być to 16,00 zł, czy 25,00 zł”.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający wzywając wykonawcę Impel Catering Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących kosztu surowca w stawce osobodnia dopuścił się prowadzenia między Zamawiającym, a ww. Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co doprowadziło do uzupełnienia treści formularza cenowego o koszt surowca w stawce osobodnia.

Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający nie miał możliwości oceny oferty na dzień jej złożenia co do zgodności z postawionym wymaganiem w SIWZ, ponieważ Wykonawca Impel Catering sp. z o.o. nie wypełniając wymaganej pozycji, nie złożył deklaracji, która stanowiła odrębne zobowiązanie wykonawcy.

Potwierdza to także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt. KIO 1929/19, w którym podkreślono, że: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. (...) Rzeczoną niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy”, a Izba zgadza się w pełni z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Nadto, Izba zważa, że niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia

zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania precyzował oferowane rozwiązania, zdaniem Izby prowadziłoby to do manipulacji treścią oferty, a po stronie Zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SWZ.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Izba zwraca uwagę, że ustawodawca nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie „błąd w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Izba zważa, że skutkujące odrzuceniem oferty błędy w obliczeniu ceny lub kosztu to takie błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania ze względu na to, że cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT, a z taką sytuacją zdaniem Izby nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Izba podkreśla, że ze względu na normę zawartą w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którą: „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, uchybienie Zamawiającego wskazane przez Izbę nie mogło wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na wybór najkorzystniejszej oferty, jakim była oferta Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: