Sygn. akt: KIO 141/23

WYROK

z dnia 31 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Traktorowej 126 lok. 202 (91204 Łódź) oraz JOL-MARK spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach przy ul. Portowej 16G (44-100 Gliwice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie z siedzibą w Szczutowie przy ul. 3 Maja 116 (09-227 Szczutowo)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1 petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach przyznanie 0 pkt ofercie złożonej przez wykonawcę R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa OL-MARO R. L. z siedzibą w Skępem w ramach kryterium oceny ofert nr 2 pn. Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia oraz w kryterium nr 3 pn. Zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz JOL-MARK spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach w części 2/3 oraz zamawiającego Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie w części 1/3 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz kwotę 3 611 zł 96 gr (słownie: trzy tysiące sześćset jedenaście złotych dziewięćdziesiąt sześć groszy), poniesione przez ww.

wykonawców tytułem uiszczenia wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na wyznaczone posiedzenie i rozprawę;

3.2. zasądza od zamawiającego Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz JOL-MARK spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, kwotę w wysokości 3 704 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset cztery złote zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt: KIO 141/23

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

Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pod nazwą: Przygotowanie i dystrybucja całodziennego wyżywienia dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie, znak sprawy: DPS.KA.212.1.2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00507646.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest niższa od kwot wskazanych w przepisach

wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także na zaniechanie podjęcia czynności, do której zamawiający był zobowiązany, tj.:

- wybór oferty wykonawcy R. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Usługowo-Handlowa OL-MARO R. L." (zwanego dalej jako: „OL-MARO"), jako oferty najkorzystniejszej;

- nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy OL-MARO, w ramach kryteriów oceny ofert „kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia" oraz „zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych";

- zaniechanie odrzucenia wykonawcy OL-MARO;

- zaniechanie wezwania wykonawcy OL-MARO, do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykonaniu należycie lub wykonywaniu przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej 2 usług polegających na świadczeniu usług przygotowywania posiłków całodziennych lub całodziennego zbiorowego żywienia w domach pomocy społecznej, domach opieki, podmiotach wykonujących działalność leczniczą, szpitalach, zakładach

opiekuńczo leczniczych o wartości co najmniej 200 000,00 złotych brutto każda oraz trwających minimum 12 miesięcy (dla każdej usługi termin liczony oddzielnie).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy OL-MARO, a to przez przyznanie tej ofercie:

a) 20 pkt w kryterium oceny ofert pt. „kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia";

b) 20 pkt w kryterium oceny ofert pt. „zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych"

- podczas gdy z informacji przedstawionych wraz z ofertą nie wynika spełnienie przesłanek, od których w dokumentach zamówienia zamawiający uzależnił przyznanie po 20 pkt w każdym z wyżej wymienionych kryteriów oceny ofert, a zatem przyznanie tej ofercie punktów w ramach wskazanych kryteriów było niezasadne;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OL-MARO, podczas gdy zamawiający zastrzegł w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp, a wykonawca ten nie posiada statusu zakładu pracy chronionej ani innego statusu wskazanego w tym przepisie

- ewentualnie, przedmiotowy zarzut można zakwalifikować także jako naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp oraz w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 j.t. - dalej jako „u.z.n.k.") przez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, podczas gdy złożył on ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem wykonawca ten złożył ofertę na wykonanie zamówienia zastrzeżonego dla wykonawców, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp, choć nie spełnia on wymogów tego przepisu, - ewentualnie, zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty z tego powodu, podczas gdy przez złożenie oferty w postępowaniu dotyczącym zamówienia zastrzeżonego dla wykonawców spełniających przesłanki art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp przy jednoczesnym niespełnianiu tych przesłanek wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ewentualnie wykonawca ten nie jest w stanie przedstawić stosownych podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia tych przesłanek, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,;

3) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c), § 9 ust. 1 pkt 2 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 oraz w zw. z art. 359 pkt 2 i art. 266 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy OL-MARO do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie wykonawcy), pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedstawione przez niego referencje, wystawione przez:

a) Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o.;

b) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie

- utraciły ważność;

z kolei referencje wystawione przez:

c) Zespół Opieki Zdrowotnej w Brodnicy - nie poświadczają należytego wykonania zamówienia na rzecz tego zamawiającego;

4) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) 3) i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy OL-MARO jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta:

a) błędnie została oceniona jako oferta korzystniejsza niż oferta odwołujących;

b) oferta ta podlega odrzuceniu;

c) oferta ta dotknięta jest wadami formalnymi, które uniemożliwiały wybór tej oferty bez dokonania przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego czynności dodatkowych, usuwających te wady i umożliwiających merytoryczną ocenę oferty.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

- ponowienie czynności badania i oceny ofert;

- dokonanie wyboru oferty odwołujących jako oferty najkorzystniejszej;

- ewentualnie, odrzucenie oferty wykonawcy OL-MARO;

- ewentualnie, wezwanie wykonawcy OL-MARO do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykonaniu należycie lub wykonywaniu przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej 2 usług polegających na świadczeniu usług przygotowywania posiłków całodziennych lub całodziennego zbiorowego żywienia w domach pomocy społecznej, domach opieki, podmiotach wykonujących działalność leczniczą, szpitalach, zakładach

opiekuńczo leczniczych o wartości co najmniej 200 000,00 złotych brutto każda oraz trwających minimum 12 miesięcy (dla każdej usługi termin liczony oddzielnie).

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w wypadku stwierdzenia, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza została nieprawidłowo oceniona w ramach jakościowych kryteriów oceny ofert, to oferta jego podlega wyborowi jako oferta najkorzystniejsza. Ponadto, w wypadku stwierdzenia, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega odrzuceniu, w postępowaniu pozostanie tylko jedna ważna oferta – oferta odwołującego, stąd w konsekwencji będzie ona podlegać wyborowi jako oferta najkorzystniejsza. Wreszcie, w razie stwierdzenia, że wykonawca OL-MARO nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy ze względu na przedstawienie nieadekwatnych podmiotowych środków dowodowych, konieczne będzie wezwanie go do ich poprawienia, co może w konsekwencji doprowadzić do odrzucenia jego oferty i w konsekwencji do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do przyznania punktów wykonawcy OL-MARO w ramach kryterium 2 i 3 odwołujący wskazał, że wykonawca ten wraz z ofertą złożył dokument – Wykaz osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia (zał. nr 6 do SWZ). Mocą tego oświadczenia, OL-MARO wskazał, że do realizacji przedmiotowego zamówienia skierował osoby wskazane w tym dokumencie. Z dokumentu tego nie wynikało jednak, aby na jego podstawie możliwe było przyznanie maksymalnej ilości punktów w ramach kryteriów innych niż cena.

Ad a) kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia" – odwołujący wyjaśnił, że w ramach tego kryterium, w oświadczeniu złożonym przez OL-MARO wskazano dwie osoby nadzorujące pracowników kuchni, podając stopień ich wykształcenia, ilość lat doświadczenia zawodowego i informację o podstawie dysponowania daną osobą. Tymczasem, zamawiający wymagał wyraźnie:

Warunkiem przyznania punktów w kryterium jest zawarcie w Ofercie Wykonawcy informacji (oświadczenia) o dysponowaniu osobą posiadającą określone kwalifikacje oraz doświadczenie. Osoba wskazana przez Wykonawcę, w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin - wynikającego z przepisów prawa pracy. Niezłożenie w ofercie oświadczenia w tym zakresie spowoduje, że Wykonawcy nie zostaną przyznane punkty w ramach niniejszego kryterium.

W oświadczeniu OL-MARO brak jest informacji co do tego, w jakim wymiarze czasu godzin zostaną zatrudnione wskazane osoby. Jest to o tyle nieoczywiste, że wskazano dwie osoby,

podczas gdy zamawiający wymagał co najmniej jednej (co sugerowałoby np. zatrudnienie każdej z nich na pół lub mniej etatu), a ponadto jedna z tych osób została zadeklarowana zarówno do nadzoru nad pracownikami, jak i do „przygotowywania dań", przez co z pewnością nie można jej uznać za zatrudnionej na pełny etat w stosunku do wykonywania pracy polegającej na nadzorze, skoro osoba ta będzie także brała czynny udział w wykonywaniu czynności

podlegających temu nadzorowi.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że ze złożonego oświadczenia nie wynikało, o jakiego rodzaju wykształcenie i doświadczenie zawodowe chodzi. W stosunku do osoby z pkt. 1 złożonego wykazu wynika jedynie, że jest to osoba o wykształceniu wyższym, z 23 latami pracy w zawodzie. W stosunku do wykształcenia zamawiający zaznaczył zaś, że przyzna punkty w przypadku wykształcenia wyższego wobec osoby, która posiada status absolwenta kierunku technologia żywności i żywienia człowieka lub absolwenta kierunku dietetyka. Nie wynika jednak z oświadczenia, o jaki kierunek studiów chodzi. Już sam ten fakt wyklucza przyznanie punktów w ramach kryterium. Dodatkowo, w przypadku doświadczenia zawodowego zamawiający wskazał, że chodzi o doświadczenie dwojakiego rodzaju: w przygotowywaniu posiłków dla placówek zbiorowego żywienia (co najmniej 3 lata, w każdym przedziale punktów) oraz w kierowaniu zespołem pracowników kuchni (przy czym 2 lata doświadczenia w tym zakresie zapewniają 10 pkt, a 3 lata i więcej – 20 pkt). Oświadczenie OL-MARO jest na tyle nieprecyzyjne, że nie sposób stwierdzić, czy doświadczenie „23 lat pracy w zawodzie" odnosi się do któregokolwiek z tak ujętych rodzajów doświadczenia, a jeśli tak – to do którego i w jakim stopniu. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 107 ust. 2 Pzp i nie dopuścił uzupełniania oświadczeń w ramach kryteriów oceny ofert, gdyż wskazał wyraźnie powyżej, iż oświadczenia te należy złożyć wraz z ofertą pod rygorem nieprzyznania punktów.

Ad b) kryterium „Zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych" – w tym zakresie odwołujący podniósł, że w ramach tego kryterium, w oświadczeniu złożonym przez OL-MARO wskazano dwie osoby niepełnosprawne. Nie wynika jednak z tego oświadczenia, w jakim wymiarze czasu pracy zostaną one zatrudnione. Z treści kryterium wynika zaś wyraźnie, że chodzi także o określenie wymiaru czasu pracy, aby możliwe było przyznanie jakichkolwiek punktów.

Odwołujący zaznaczył należy, że zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 107 ust. 2 Pzp i nie dopuścił uzupełniania oświadczeń w ramach kryteriów oceny ofert, gdyż wskazał wyraźnie powyżej, iż oświadczenia te należy złożyć wraz z ofertą pod rygorem nieprzyznania punktów.

Na wypadek, gdyby zamawiający twierdził, że przyznał punkty w ramach powyższych kryteriów na podstawie dodatkowego oświadczenia złożonego przez OL-MARO z dnia 10

stycznia 2023 r., odwołujący wskazał, co następuje. Po pierwsze, z oświadczenia tego w dalszym ciągu nie wynikał wymiar czasu pracy, na jaki będą zatrudnione osoby, którymi OL-MARO dysponuje. Nie wynikał też z niego wymiar doświadczenia w kierowaniu zespołem pracowników kuchennych. Po drugie, w oświadczeniu tym doprecyzowano zakres wykształcenia i doświadczenia osób wskazanych w przedłożonym wraz z ofertą wykazem. Jest to niedopuszczalne, gdyż zamawiający wymagał podania tych informacji wraz z ofertą. Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 3 stycznia 2023 r. zamawiający wezwał OL-MARO w trybie art. 274 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w rozdziale X SWZ. W rozdziale X SWZ jest zaś wskazany także wspomniany załącznik nr 6. Jednakże zamawiający nie wskazał, że załącznik nr 6 złożony wraz z ofertą podlega uzupełnieniu lub poprawie. Byłoby to zresztą niedozwolone w myśl art. 107 ust. 2 Pzp. Jeśli zatem oświadczenie dodatkowe w przedmiocie zatrudnienia osób nadzorujących realizację usługi oraz osób niepełnosprawnych zostało złożone przez OL-MARO w celu uzupełnienia czy też poprawienia informacji wskazanych w załączniku nr 6, tj. wykazem osób złożonym wraz z ofertą, to kategorycznie należy podkreślić, że zamawiający nie miał prawa dokonać oceny ofert na podstawie uzupełnionego oświadczenia. Po pierwsze dlatego, że jego wezwanie dotyczyło tylko środków podmiotowych, składanych w myśl przepisu art. 274 ust. 1 Pzp po złożeniu ofert, określonych zbiorczo w rozdziale X SWZ. Po drugie dlatego, że zamawiający nie przewidział uzupełnienia czy poprawy informacji wymaganych celem oceny ofert w ramach określonych kryteriów. W konsekwencji, w ramach obydwu kryteriów oceny ofert innych niż cena nie było podstaw do przyznania żadnych punktów ofercie OL-MARO. W konsekwencji, oferta ta powinna otrzymać jedynie 60 pkt, co plasuje na pierwszym miejscu w rankingu ofert ofertę odwołującego.

Odnośnie drugiego zarzutu odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu, w pkt. II.2.12), zamawiający zastrzegł, co następuje: Rodzaj wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia: art. 94 ust. 1 pkt 1) ustawy

W konsekwencji, o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wyłącznie wykonawcy, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj.: Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności: [...] osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 573 i 1981 oraz z 2022 r. poz. 558),

> - pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1-10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

Jak zwrócił uwagę odwołujący, na potwierdzenie powyższego zamawiający nie wymagał złożenia żadnych podmiotowych środków dowodowych ani też oświadczeń.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że przez złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, OL-MARO zadeklarował, że spełnia przesłanki z art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że powołany przepis nie stanowi zobowiązania na przyszłość, które wykonawca może spełnić po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. Jego literalna treść jest jasna i wskazuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy legitymujący się pożądanym statusem, a nie tacy, którzy ten status dopiero zobowiązują się uzyskać. Zobowiązań w tym zakresie dotyczy art. 96 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie zaś

94 ust. 1 pkt 1 Pzp, co wyklucza utożsamienie tych kwestii. Tymczasem, do odwołania odwołujący załączyli wydruk z BIP Wojewody Kujawsko-Pomorskiego, który publikuje „Wykaz zakładów pracy chronionej i spółdzielni inwalidów". Jest to źródło oficjalnej (urzędowej) informacji o tym, jakie podmioty zarejestrowane na terytorium danego województwa spełniają kryteria, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. W dokumencie tym, opublikowanym w BIP w dniu 30 grudnia 2020 r., brak jest firmy OL-MARO. OL-MARO ma siedzibę w województwie kujawsko-pomorskim. Z dokumentu tego wynika, że uwzględniono w nim stan na 8 sierpnia 2022 r., co pogłębia jego wiarygodność. Zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych wynika, co następuje: Pracodawca prowadzący działalność gospodarczą przez okres co najmniej 12 miesięcy, zatrudniający nie mniej niż 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy i osiągający wskaźniki zatrudnienia osób niepełnosprawnych, o których mowa w pkt 1, przez okres co najmniej 6 miesięcy, uzyskuje status pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej, jeżeli: 1) wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych wynosi:

a) co najmniej 50%, a w tym co najmniej 20% ogółu zatrudnionych stanowią osoby zaliczone do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, albo

b) co najmniej 30% niewidomych lub psychicznie chorych, albo upośledzonych umysłowo zaliczonych do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;

2) obiekty i pomieszczenia użytkowane przez zakład pracy:

a) odpowiadają przepisom i zasadom bezpieczeństwa i higieny pracy,

b) uwzględniają potrzeby osób niepełnosprawnych w zakresie przystosowania stanowisk pracy, pomieszczeń higienicznosanitarnych i ciągów komunikacyjnych oraz spełniają wymagania dostępności do nich, a także

3) jest zapewniona doraźna i specjalistyczna opieka medyczna, poradnictwo i usługi rehabilitacyjne;

4) wystąpi z wnioskiem o przyznanie statusu pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej. Odwołujący następnie podniósł, że zgodnie z art. 30 ust. 1 ww. ustawy, decyzję w przedmiocie nadania tego statusu podejmuje wojewoda. To on zatem dysponuje właściwymi informacjami do stwierdzenia, jaki podmiot spełnia kryteria zakładu pracy chronionej (przy czym na gruncie art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp kryteria tego statusu zostały dodatkowo zaostrzone przez sztywny wymóg zatrudnienia co najmniej 30% osób niepełnosprawnych, więc gdyby OL-MARO zatrudniał choćby 20% osób niepełnosprawnych, znalazłby się niewątpliwie w przedmiotowym rejestrze). Niewątpliwie dla odwołującego OL-MARO nie spełnia wymogów, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. W konsekwencji, zastosowanie znajduje art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: [...] jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W myśl art. 7 pkt 29 Pzp, Ilekroć w ustawie mowa o [...] warunkach zamówienia - należy przez 11 to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;. W konsekwencji, skoro wykonawca złożył ofertę, choć nie spełniał warunków zamówienia, jego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał ponadto, z ostrożności procesowej, że z ostrożności uchybienie zamawiającego w powyższym zakresie można interpretować jako zaniechanie odrzucenia oferty z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie odwołujący powołał się na art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k., które przewidują otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Jest to przede wszystkim działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Polega to w szczególności na nieuczciwej prezentacji przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 14 ust. 1 u.z.n.k., Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Według odwołującego przez złożenie oferty OL-MARO, mimo że nie spełnia kryteriów właściwych dla zamówienia zastrzeżonego, deklaruje nieprawdziwe informacje o swoim przedsiębiorstwie celem niezgodnym z dobrymi obyczajami, jakim jest zdobycie zamówienia publicznego.

Ewentualnie, z uwagi na fakt, że zamawiający przewidział w SWZ wykluczenie wykonawcy z przyczyn wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, odwołujący wskazał, z ostrożności procesowej, że na podstawie ww. zachowania OL-MARO zamawiający mógł także

wykluczyć go z postępowania, a w konsekwencji odrzucić jego ofertę. Odwołujący stwierdził, że wykonawca OL-MARO złożył ofertę, mając świadomość, że nie spełnia warunku z art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Mogło to nastąpić bądź umyślnie, bądź nieumyślnie. Z całą pewnością złożenie oferty w tym postępowaniu mogło wprowadzić zamawiającego w błąd, że wykonawca ten spełnia te wymogi, ewentualnie można przyjąć, że nie jest on w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych w tym przedmiocie. Doprowadziło to do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, co w przeciwnym wypadku nie miałoby miejsca. W konsekwencji, zarzut ewentualny był zdaniem odwołującego uzasadniony.

Jeśli chodziło o zarzut wskazany w pkt 3 petitum odwołania, odwołujący wyjaśnił, że na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wykonawca OL-MARO przedstawił następujące dokumenty:

a) referencje z dnia 20 marca 2019 r., wystawione przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o., dotyczące umowy wykonanej w okresie 12 miesięcy od 13 marca 2018 r.;

b) referencje z dnia 17 listopada 2021 r., wystawione przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w

Rypinie, dotyczące umowy nadal wykonywanej w momencie wydawania referencji;

c) list referencyjny z dnia 19 listopada 2021 r., wystawiony przez Szpital Powiatowy Sp. z o.o. w Golubiu-Dobrzyniu, dotyczący umowy wykonanej w dniach od 1 listopada 2019 r. do 30 września 2021 r.;

d) potwierdzenie wykonania umowy, wystawione przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Brodnicy z dnia 9 kwietnia 2021 r., dotyczące wykonania umowy wykonanej w okresie od 1 lutego 2019 r. do 28 lutego 2021 r.

Odwołujący wskazał, że nie wnosi zastrzeżeń odnośnie referencji wystawionych przez zamawiającego z Golubia-Dobrzynia. Zamawiający wymagał jednak wykazania się co najmniej dwoma wykonanymi usługami, podczas gdy dokumenty z lit. a), b) i d) powyżej nie spełniały, w ocenie odwołującego, wymogów prawem przepisanych.

Ad a) referencje z dnia 20 marca 2019 r., wystawione przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o. Po pierwsze, odwołujący zauważył, że nie wskazano tej umowy w wykazie usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, tj. załączniku nr 7 do SWZ, przedstawionym przez OL-MARO. Niemniej, referencje te utraciły ważność. Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce 3 stycznia 2023 r. Licząc zatem wstecz 3 lata od tego terminu, doświadczenie jest relewantne, jeśli dotyczy umowy, która obowiązywała co najmniej do 3 stycznia 2020 r. Tymczasem, z dokumentu przedstawionego przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o. wynika, że umowa została wykonana w terminie do 12 marca 2019 r.

Dokument ten nie spełnia zatem wymogów określonych dla referencji, a więc nie może dokumentować doświadczenia wymaganego przez zamawiającego.

Ad b) referencje z dnia 17 listopada 2021 r., wystawione przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie – zdaniem odwołującego referencje te dotyczą usługi nadal wykonywanej w dniu ich wystawiania. Taki dokument, zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem, jest ważny jedynie przez 3 miesiące. Tak też Izba w wyroku z dnia 28 czerwca 2021 r., KIO 1429/21 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 listopada 2021 r., XXIII Zs 108/21. Jak słusznie tam wskazano, 3 miesięczny okres ważności referencji dotyczy po pierwsze świadczeń okresowych lub ciągłych, po drugie świadczenia te powinny być nadal wykonywane. Wnioskując z przeciwieństwa należy dojść do przekonania, że ustawodawca dopuszcza wykazanie należytego wykonania usług nie będących usługami okresowymi lub ciągłymi przez złożenie dokumentu z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (por. wyrok KIO z 26 czerwca 2020 r., KIO 866/20). Tymczasem, dokument ten został wystawiony 17 listopada 2021 r. Z powodu powyższego, dokument ten nie może stanowić dowodu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ad d) potwierdzenie wykonania umowy, wystawione przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Brodnicy – w tym zakresie odwołujący wskazał, że chodzi o przedstawienie dokumentu, z którego wynika nie tylko, że zamówienie zostało wykonane, lecz w dodatku musi z niego wynikać, że zostało wykonane należycie. Dokument wystawiony przez tego zamawiającego nosi nazwę „Potwierdzenie wykonania umowy". Już z samego tytułu wynika wątpliwość, czy aby mowa jest o należytym jej wykonaniu. Wątpliwości te pogłębia fakt, że w treści tego dokumentu aż 4 razy traktuje się o fakcie jego realizacji (raz), świadczeniu usług (dwukrotnie) oraz o wykonaniu umowy (raz), zaś w żadnym miejscu nie ma mowy o tym, czy zamówienie zostało wykonane należycie. Ilość wymijających, neutralnych wyrażeń w tym względzie nie może być przypadkowa. Należy to rozumieć w ten sposób, że wolą tego zamawiającego było w sposób jednoznaczny, aby nie poświadczać, że zamówienie zostało wykonane przez OL-MARO należycie, lecz tylko, że zostało wykonane we wskazanym okresie – bez deklaracji co do jakości. W konsekwencji, dokument ten nie może być dowodem spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego w konsekwencji, skoro OL-MARO wykazał wykonanie tylko jednej usługi na potwierdzenie warunku udziału, który dotyczy wykonania dwóch usług, konieczne jest wezwanie go do przedstawienia poprawionych dowodów, tj. przede wszystkim prawidłowych referencji. Jeśli OL-MARO temu nie podoła, konsekwencją będzie odrzucenie jego oferty, o ile nie nastąpi ono na skutek uwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania.

W przypadku ostatniego zarzutu odwołujący stwierdził, że miał on charakter wynikowy. Skoro oferta OL-MARO została nieprawidłowo oceniona, podlegała odrzuceniu i

oparta była na nieprawidłowych podmiotowych środkach dowodowych, nie może się ostać czynność wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, złożoną do akt sprawy

przez zamawiającego w dniu 25 stycznia 2023 r., w tym w

szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ogłoszenie o zamówieniu;

- wyjaśnienia i zmiany treści SWZ dokonane w dniu 28 grudnia 2022 r.;

- ofertę wykonawcy R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa OL-MARO R. L. z siedzibą w Skępem, zwanego dalej nadal jako: „OL-MARO";

- oświadczenie dotyczące kryteriów oceny ofert, złożone przez ww. wykonawcę, podpisane w dniu 10 stycznia 2023 r.;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 11 stycznia 2023 r.;

2) dokumenty załączone do odwołania:

- wydruk ze strony Biuletynu Informacji Publicznej Kujawsko-Pomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Bydgoszczy (pracy-chronionej-i-spoldzielni-inwalidow.html);

- wykaz zakładów pracy chronionej i spółdzielni inwalidów – wydruk pliku word z ww. strony BIP;

3) złożoną na rozprawie przez odwołującego uaktualnioną informację w zakresie wykazu zakładów pracy chronionej i spółdzielni inwalidów z terenu województwa kujawsko-pomorskiego, stan na dzień 1 stycznia 2023 r., która prezentuje wykaz takich podmiotów.

Izba ustaliła co następuje

W dniu 28 grudnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania do treści SWZ, jednocześnie doprowadzając do zmiany kryteriów oceny ofert: Pytanie 3

Zamawiający wskazał w punkcie 4.3.6 ogłoszenia o zamówieniu, oraz w SWZ rozdział XX, że jednym z kryteriów oceny ofert jest „Wartość wsadu do kotła".

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że dokonuje zmiany treści zapisu SWZ Rozdział XX. Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

W Rozdziale XX. Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert punkty : 1, 2, 3 otrzymują nowe brzmienie:

1. Oferty będą oceniane przez komisję przetargową metodą punktową w skali 100-punktowej.

2. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

1) Cena-60%

2) Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia - 20%

3) Zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych - 20%

Sposób oceny ofert według przyjętych kryteriów (1 %=1 pkt)

Kryterium 1 - Cena (brutto)

Maksymalna ilość punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium to 60 punktów. Złożone oferty będą oceniane przez Zamawiającego przy zastosowaniu następującego kryterium: Cena - 60 % (60 pkt)

Zaoferowana cena obejmuje cenę wykonania przedmiotu zamówienia określonego w zapytaniu. Oferta z najniższą ceną otrzyma maksymalną ilość punktów = 60 pkt, oferty następne będą oceniane na zasadzie proporcji w stosunku do oferty najtańszej według wzoru:

C = [C min / C bad] x 60 gdzie:

C - liczba punktów za cenę brutto oferty

C min - najniższa cena ofertowa brutto spośród ofert badanych

C bad - cena brutto oferty badanej

Uzyskana z wyliczenia ilość punktów zostanie ostatecznie ustalona z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku z zachowaniem zasady zaokrągleń matematycznych .

Kryterium 2 - Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia

W powyższym kryterium ocenie podlegać będą kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia. Zamawiający przyzna punkty w kryterium w następujący sposób:

1) Wykonawca otrzyma 10 punktów, jeżeli dysponuje osobą posiadającą:

- wykształcenie zawodowe (absolwent zasadniczej szkoły zawodowej - kucharz) lub średnie (absolwent technikum gastronomicznego - specjalność technologia żywności, kucharz),

- minimum trzyletnie doświadczenie w przygotowywaniu posiłków w/dla placówkach/ek zbiorowego żywienia

oraz

- minimum dwuletnie doświadczenie w kierowaniu zespołem pracowników kuchni;

2) Wykonawca otrzyma 20 punktów, jeżeli dysponuje osobą posiadającą:

- wykształcenie średnie lub wyższe (absolwent technikum/liceum gastronomicznego -specjalność technologia żywności, kucharz, absolwent kierunku technologia żywności i żywienia człowieka lub absolwent kierunku dietetyka)

- minimum trzyletnie doświadczenie w przygotowywaniu posiłków w/dla placówkach/ek zbiorowego żywienia

oraz

- minimum trzyletnie doświadczenie w kierowaniu zespołem pracowników kuchni.

Warunkiem przyznania punktów w kryterium jest zawarcie w Ofercie Wykonawcy informacji (oświadczenia) o dysponowaniu osobą posiadającą określone kwalifikacje oraz doświadczenie. Osoba wskazana przez Wykonawcę, w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin - wynikającego z przepisów prawa pracy. Niezłożenie w ofercie oświadczenia w tym zakresie spowoduje, że Wykonawcy nie zostaną przyznane punkty w ramach niniejszego kryterium.

Kryterium 3 - Zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych

Zamawiający przyzna punkty w ramach kryterium społecznego wykonawcy, który zatrudni przy realizacji niniejszego zamówienia w pełnym wymiarze czasu pracy określonym przepisami prawa pracy, co najmniej jedną osobę spośród niżej wymienionych osób społecznie marginalizowanych tj. osobę niepełnosprawną zgodnie z definicją osoby niepełnosprawnej zawartą w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i

społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 573, z późn. zm.) lub równoważną definicją obowiązującą we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zamawiający przyzna punkty w następujący sposób:

1) jeżeli Wykonawca zatrudni 1 osobę spełniającą powyższe kryterium otrzyma 10 punktów; 2) jeżeli Wykonawca zatrudni 2 osoby spełniające powyższe kryterium otrzyma 20 punktów. Za zatrudnienie osoby z powyższego kryterium będzie uznawane także dalsze zatrudnianie osoby, która już jest u Wykonawcy zatrudniona, jeśli zostanie skierowana przy realizacji niniejszego zamówienia. Za pełen wymiar czasu pracy w przypadku osoby niepełnosprawnej uważa się wymiar odnoszący się do osób niepełnosprawnych.

Wykonawca OL-MARO wraz z ofertą złożył wykaz osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ. Z treści wykazu wynikało, że ww. wykonawca podał 5 osób, z pośród których dwie posiadały status osoby niepełnosprawnej. Dodatkowo wykonawca OL-MARO po upływie terminu składania ofert złożył oświadczenie (podpisane w dniu 10 stycznia 2023 r.). W przedmiotowym dokumencie ww. wykonawca złożył oświadczenie następującej treści:

- dysponujemy osobą, z wykształceniem wyższym podyplomowym w zakresie technologii żywności z 22-letnim doświadczeniem w żywieniu osób w placówkach zbiorowego żywienia, która będzie odpowiedzialna za sporządzenie jadłospisów dla mieszkańców DPS;

- że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności wskazane w wykazie osób, mają wymagane uprawnienia (m. in. wykształcenie średnie kierunkowe, minimum trzyletnie doświadczenie w przygotowywaniu posiłków w/dla placówek zbiorowego żywienia oraz minimum trzyletnie doświadczenie w

kierowaniu zespołem pracowników kuchni oraz osoby niepełnosprawne)

W sekcji II pkt 2.12) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał:

Rodzaj wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia: art. 94 ust. 1 pkt 1) ustawy

Dodatkowo w rozdziale III ust. 8 SWZ zamawiający zawarł następującą treść:

> 8. Zamawiający zastrzega możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez Wykonawców, o których mowa w art. 94 ustawy Pzp, tj. mających status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz innych Wykonawców, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych.

Na potwierdzenie powyższego zamawiający nie wymagał złożenia żadnych podmiotowych środków dowodowych ani też oświadczeń. Wykonawca OL-MARO nie przedstawił informacji ani nie złożył żadnego dokumentu dotyczącego ww. zastrzeżenia.

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit c) SWZ zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

> c) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej 2 usługi polegające na świadczeniu usług przygotowywania posiłków całodziennych lub całodziennego zbiorowego żywienia w domach pomocy społecznej, domach opieki, podmiotach wykonujących działalność leczniczą, szpitalach, zakładach opiekuńczo – leczniczych o wartości co najmniej 200 000,00 złotych brutto każda oraz trwających minimum 12 miesięcy (dla każdej usługi termin liczony oddzielnie).

W rozdziale X ust. 4 pkt 4 SWZ zamawiający podał, że celu spełnienia ww. warunku wykonawcy powinni złożyć:

wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, których przedmiotem było wykonanie usług w zakresie żywienia zbiorowego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ. Dla potwierdzenia warunku zamówienia wykaz powinien zawierać co najmniej 2 usługi, których przedmiotem było żywienie zbiorowe o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda, w ramach

odrębnych umów. W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, które nie zostały jeszcze ukończone, Zamawiający wymaga, aby do dnia składania ofert Wykonawca faktycznie zrealizował już dwie usługi o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda, w ramach odrębnych umów. W przypadku usług nadal wykonywanych, dowód należytego wykonania powinien być wydany nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

Wykonawca wraz z ofertą złożył wypełniony Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat na wzorze stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ. W wykazie zostały wskazane trzy usługi, realizowane dla:

- Zakładu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy;
- Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Rypinie;
- Szpitala Powiatowego w Golubiu-Dobrzyniu.

Do wykazu wykonawca OL-MARO załączył następujące dokumenty:

> a) referencje z dnia 20 marca 2019 r., wystawione przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o., dotyczące umowy wykonanej w okresie 12 miesięcy od 13 marca 2018 r.;
>
> b) list referencyjny z dnia 19 listopada 2021 r., wystawiony przez Szpital Powiatowy Sp. z o.o. w Golubiu-Dobrzyniu, dotyczący umowy wykonanej w dniach od 1 listopada 2019 r. do 30 września 2021 r.;
>
> c) referencje z dnia 17 listopada 2021 r., wystawione przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie, dotyczące umowy nadal wykonywanej w momencie wydawania referencji;
>
> d) potwierdzenie wykonania umowy, wystawione przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Brodnicy z dnia 9 kwietnia 2021 r., dotyczące wykonania umowy wykonanej w okresie od 1 lutego 2019 r. do 28 lutego 2021 r.

W dniu 11 stycznia 2023 r. zamawiający ogłosił wyniki postępowania i jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy OL-MARO. Ofercie tej zamawiający przyznał 100 pkt (maksymalną ilość punktów możliwych do zdobycia: 60 pkt w kryterium cena, 20 pkt w kryterium Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia oraz 20 pkt w kryterium Zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych). Drugie miejsce w rankingu zajęła oferta odwołującego, której zamawiający przyznał 87,58 pkt (tj. 47,58 na 60 pkt w kryterium ceny, po 20 pkt – tj. maksymalną ilość – w kryteriach innych niż cena). Trzecia oferta została odrzucona.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

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

- art. 359 pkt 2 Pzp – Przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla:

(…)

2) zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne – jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.;

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k. – 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.;

- art. 14 ust. 1 u.z.n.k. – Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

- art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp – 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(…)

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

(…)

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.;

- art. 128 ust. 1 Pzp – Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.;

- § 9 ust. 1 pkt 2 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 – W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

(…)

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdził, że zasadny okazał się zarzut dotyczący przyznania wykonawcy OL-MARO punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. W tym kontekście Izba ustaliła, że zamawiający dniu 28 grudnia 2022 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ przez zmianę pozacenowych kryteriów oceny ofert, na kryteria następujące: kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby nadzorującej pracowników kuchni wyznaczonej do realizacji zamówienia (kryterium nr 2) oraz zatrudnienie osób społecznie marginalizowanych (kryterium nr 3). W ramach kryterium nr 2 zamawiający wprost wskazał, że warunkiem przyznania punktów będzie zawarcie w ofercie wykonawcy informacji (oświadczenia) o dysponowaniu osobą posiadającą określone kwalifikacje oraz doświadczenie. W przypadku kryterium nr 3 zamawiający nie wskazał dokładnie w jaki sposób tj. na podstawie jakiego dokumentu lub oświadczenia będzie przyznawał punkty, mimo tego sam opis kryterium był zrozumiały. Zamawiający wskazał, że przyzna punkty w ramach tego kryterium wykonawcy, który zatrudni przy realizacji zamówienia w pełnym wymiarze czasu pracy określonym przepisami prawa pracy, co najmniej jedną osobę spośród niżej wymienionych osób społecznie marginalizowanych tj. osobę niepełnosprawną zgodnie z definicją osoby niepełnosprawnej zawartą w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 573, z późn. zm.) lub równoważną definicją obowiązującą we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. W ocenie składu orzekającego mimo braku wskazania konkretnego dokumentu lub oświadczenia na podstawie którego, zamawiający miał przyznawać punkty, nie można było uznać, że wykonawcy nie mogli wiedzieć w jaki sposób wykazać spełnienie tego kryterium. Mając na uwadze zasady systemu zamówień publicznych wykonawcy powinni założyć, że mogą wykazać spełnienie kryterium nr 3 przez co najmniej zawarcie określonej informacji lub złożenie oświadczenia wraz z ofertą. Taką informację lub oświadczenie należało traktować jako treść oferty ze wszystkimi tego konsekwencjami, polegającymi przede wszystkim na niemożności ich uzupełnienia.

Wykonawca OL-MARO złożył wraz ofertą wykaz osób sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ. W ocenie Izby przedmiotowy wykaz nie mógł potwierdzić spełniania kryteriów pozacenowych tj. nr 2 i 3. Informacje zawarte w wykazie złożonym przez wykonawcę OL-MARO nie pokrywały się ze wszystkimi wymogami określonymi w ramach kryteriów pozacenowych.

W zakresie kryterium nr 2 odwołujący słusznie wskazał, że wykonawca OL-MARO nie przedstawił informacji co do tego, w jakim wymiarze czasu godzin zostaną zatrudnione wskazane osoby. Było to o tyle nieoczywiste, że wskazano dwie osoby, podczas gdy zamawiający wymagał co najmniej jednej (co sugerowałoby np. zatrudnienie każdej z nich na pół lub mniej etatu), a ponadto jedna z tych osób została zadeklarowana zarówno do nadzoru nad pracownikami, jak i do „przygotowywania dań", przez co nie można jej było uznać za zatrudnioną na pełny etat w stosunku do wykonywania pracy polegającej na nadzorze, skoro osoba ta miała także brać czynny udział w wykonywaniu czynności podlegających temu nadzorowi. Dodatkowo, ze złożonego wykazu nie wynikało, o jakiego rodzaju wykształcenie i doświadczenie zawodowe chodzi. W stosunku do osoby z pkt 1 złożonego wykazu wynikało jedynie, że jest to osoba o wykształceniu wyższym, z 23 latami pracy w zawodzie. W stosunku do wykształcenia zamawiający zaznaczył zaś, że przyzna punkty w przypadku wykształcenia wyższego wobec osoby, która posiada status absolwenta kierunku technologia żywności i

żywienia człowieka lub absolwenta kierunku dietetyka. Nie wynikało jednak z wykazu, o jaki kierunek studiów chodziło. Ponadto w przypadku doświadczenia zawodowego zamawiający wskazał, że chodzi o doświadczenie dwojakiego rodzaju: w przygotowywaniu posiłków dla placówek zbiorowego żywienia (co najmniej 3 lata, w każdym przedziale punktów) oraz w kierowaniu zespołem pracowników kuchni (przy czym 2 lata doświadczenia w tym zakresie zapewniały 10 pkt, a 3 lata i więcej – 20 pkt). Wykaz złożony przez OL-MARO był na tyle nieprecyzyjny, że nie sposób stwierdzić, czy doświadczenie „23 lat pracy w zawodzie" odnosi się do któregokolwiek z tak ujętych rodzajów doświadczenia, a jeśli tak – to do którego i w jakim stopniu.

W przypadku kryterium nr 3 wykonawca OL-MARO w złożonym wykazie wskazał dwie osoby niepełnosprawne. Nie wynikało jednak z tego wykazu, w jakim wymiarze czasu pracy zostaną one zatrudnione. Z wyżej przytoczonej treści opisu kryterium wynikało zaś wyraźnie, że zamawiającemu chodziło także o określenie wymiaru czasu pracy, aby możliwe było przyznanie jakichkolwiek punktów.

Jak wynika z powyższego zamawiający nie był w stanie przyznać punktów ofercie wykonawcy OL-MARO w ramach kryteriów nr 2 i 3 na podstawie złożonego wraz z ofertą wykazu osób. Ponadto, co istotne powyższe stwierdzenie znalazło swoje potwierdzenie w tym, że zamawiający przyznał de facto punkty ofercie wykonawcy OL-MARO w ramach tych kryteriów na podstawie oświadczenie podpisanego w dniu 10 stycznia 2023 r., co oznaczało, że to oświadczenie zostało złożone już po upływie terminu składania ofert, który upłynął w dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że w celu spełnienia kryteriów zwrócił się do wybranego wykonawcy o złożenie oświadczenia już po złożeniu oferty oraz w tym oświadczeniu wykonawca potwierdził spełnienie warunków w zakresie obu kryteriów.

Izba stwierdziła, że zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie oświadczenia w celu dokonania oceny jego oferty w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert było niedopuszczalne. Zamawiający powinien w procesie oceny oferty wykonawcy OL-MARO wziąć pod uwagę wyłącznie informacje i dokumenty złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą. Z tych informacji i dokumentów nie wynikało spełnienie wymogów określonych w ramach kryteriów pozacenowych w związku z tym zamawiający nie powinien przyznawać punktów w ramach kryteriów nr 2 i 3 ofercie wykonawcy OL-MARO. W związku z tym zarzut zawarty w pkt 1 petitum odwołania potwierdził się, co skutkowało uwzględnieniem odwołania przez Izbę w tej części i nakazaniem przyznania 0 (zero) punktów ofercie wykonawcy OL-MARO w ramach obu pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Kolejny zarzut związany był z zastrzeżeniem przez zamawiającego zamówienia wyłącznie dla wykonawców, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 573 i 1981 oraz z 2022 r. poz. 558) - pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa powyżej, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.

W sekcji II pkt 2.12) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał: Rodzaj wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia: art. 94 ust. 1 pkt 1) ustawy. Dodatkowo w rozdziale III ust. 8 SWZ zamawiający de facto powtórzył przedmiotowy warunek. Na potwierdzenie powyższego warunku zamawiający nie wymagał złożenia żadnych podmiotowych środków dowodowych ani też oświadczeń. Wykonawca OL-MARO nie złożył wraz z ofertą dokumentów czy też oświadczeń w związku z tym warunkiem, a zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

Odnośnie przedmiotowego zarzutu Izba stwierdziła, że znaczna część argumentacji odwołującego była słuszna, jednak ze względów formalnych należało zarzut oddalić.

Po pierwsze w ocenie składu orzekającego zamawiający zupełnie nie zrozumiał na czym polegało dokonane przez niego zastrzeżenie. Zamawiający twierdził, że odwołanie się przez niego do dyspozycji art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp oznaczało, że oferty mogli składać zarówno wykonawcy, którzy posiadają status zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnej oraz inny

wskazany w treści tego przepisu jak i wykonawcy, którzy takiego statusu nie posiadają. Ponadto zamawiający wywodził, że wymóg dotyczący osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy odnosił się do osób skierowanych do realizacji zamówienia. Stanowisko zamawiającego okazało się całkowicie chybione. Zgodnie z treścią art. 94 ust. 1 Pzp zamawiający co prawda może dokonać określonego w tym przepisie zastrzeżenia, ale jeśli już się na nie zdecyduje to o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wskazani w treści przepisu wykonawcy. Ponadto zastrzeżenie to dotyczy wykonawcy, a nie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Po drugie odwołujący przez załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie dowody w dużym stopniu uprawdopodobnił, że wykonawca OL-MARO może nie posiadać statusu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przy czym, co okazało się istotne dla losu przedmiotowego zarzutu, zamawiający nie wymagał złożenia żadnych podmiotowych środków dowodowych ani też oświadczeń w związku z dokonanym zastrzeżeniem. W ocenie składu orzekającego podjęcie tak daleko idącej sankcji w stosunku do oferty, która polega na jej odrzuceniu (a mając na uwadze zarzuty ewentualne sankcje te mogą przekroczyć perspektywę przedmiotowego postępowania), powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie odnoszącym się do zastosowanego

zastrzeżenia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zastosowane zastrzeżenie należało uznać za warunek zamówienia. Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów w celu potwierdzenia warunku w związku z tym wzywanie wykonawcy do wyjaśnienia treści dokumentu tj. na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp byłoby bezpodstawne. Z drugiej jednak strony poczynione przez zamawiającego zastrzeżenie nie mogło zostać uznane za wadliwe lub niebyłe, ponieważ dla jego ustanowienia wystarczająca jest stosowna informacja w ogłoszeniu o zamówieniu. Takie zastrzeżenie zostało przez zamawiającego dokonane, zatem jedyną możliwością w tej sytuacji, która pozwoli je wyegzekwować jest zwrócenie się do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty.

W związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego przyznanych punktów ofercie wykonawcy OL-MARO w ramach kryteriów pozacenowych, zamawiający powinien dokonać ponownej oceny ofert w postępowaniu, a w jej ramach nie przyznać punktów ofercie ww. wykonawcy w ramach kryteriów nr 2 i 3. Jednakże gdyby się okazało, że w wyniku podjętych przez zamawiającego czynności w ramach procesu badania i oceny ofert, oferta wykonawcy OL-MARO będzie najwyżej oceniona to dopiero wtedy zamawiający powinien zwrócić się z wezwaniem do tego wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w kontekście warunku zamówienia wynikającego z zastosowania zastrzeżenia, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1

Pzp. Zamawiający będzie zobligowany odrzucić ofertę wykonawcy jako niezgodną z warunkami zamówienia, jeśli w odpowiedzi na wezwanie wykonawca nie udzieli stosownych wyjaśnień lub okaże się, że nie posiada statusu określonego w ww. przepisie.

Zarzut podniesiony przez odwołującego sprowadzał się do żądania co najmniej odrzucenia oferty wykonawcy OL-MARO, pomijając konieczność wezwania wykonawcy do wyjaśnień. W związku z tym Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy przedmiotowy zarzut okazał się przedwczesny oraz zbyt daleko idący, tym samym formalnie należało go oddalić.

Nie potwierdził się również zarzut trzeci, dotyczący spełnienia przez wykonawcę OL-MARO warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zgodnie postanowieniem określonym w rozdziale X ust. 4 pkt 4 SWZ wykonawcy mieli legitymować się co najmniej dwiema opisanym w treści warunku usługami. Wykonawca OL-MARO w złożonym wraz z ofertą wykazie usług wskazał trzy usługi oraz przedstawił cztery referencje (jedna z nich nie odnosiła się do żadnej z usług wskazanej w wykazie). Odwołujący nie kwestionował referencji, a co za tym idzie związanej z nią usługi, wystawionej przez ZOZ w Golubiu-Dobrzyniu. Odwołujący kwestionował trzy pozostałe referencje.

W zakresie referencji z dnia 20 marca 2019 r., wystawionej przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o. Izba przyznała słuszność odwołującemu. Jak zasadnie argumentował odwołujący referencje te utraciły ważność. Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce 3 stycznia 2023 r. Licząc zatem wstecz 3 lata od tego terminu, doświadczenie jest relewantne, jeśli dotyczy umowy, która obowiązywała co najmniej do 3 stycznia 2020 r. Tymczasem, z dokumentu przedstawionego przez Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o. wynikało, że umowa została wykonana w terminie do 12 marca 2019 r. Dokument ten nie spełnił zatem wymogów określonych dla referencji, a więc nie mógł dokumentować doświadczenia wymaganego przez zamawiającego.

Podobnie rzecz się miała z referencjami z dnia 17 listopada 2021 r., wystawionymi przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rypinie. W odniesieniu do tego dokumentu Izba również uznała zasadność argumentacji odwołującego. Referencje te dotyczyły usługi nadal wykonywanej w dniu ich wystawiania. Taki dokument, był ważny na potrzeby spełnienia warunku jedynie przez 3 miesiące. Tymczasem, został on wystawiony 17 listopada 2021 r. Z powodu powyższego, dokument ten nie mógł potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Co do trzeciej z kwestionowanych referencji, wystawionych przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Brodnicy, Izba uznała, że stanowisko odwołującego okazało się chybione. Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy dokument nie może być brany pod uwagę ponieważ stanowił

wyłącznie potwierdzenie wykonania umowy, a nie potwierdzał należytego wykonania umowy. Stanowisko odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie ponieważ wystawca dokumentu potwierdził wykonanie umowy, wskazał okres jej obowiązywania i wartość brutto oraz co istotne zdecydował się przedmiotowe potwierdzenie wystawić. W treści dokumentu nie było też informacji, która pozwalałaby uznać, że umowa została nienależycie wykonana. W zakresie argumentacji odwołującego skład orzekający wziął pod uwagę zasadę rozkładu ciężaru dowodu, która w tej sytuacji powodowała, że ciężar dowodu w zakresie zarzutu spoczywał na odwołującym, jako na podmiocie wywodzącym skutki prawne. W związku z tym odwołujący w celu skutecznego zakwestionowania ww. dokumentu powinien przedstawić dowody, które pozwalałby uznać, że rzeczywiście wykonawca OL-MARO nienależycie wykonał umowę na rzecz ZOZ w Brodnicy. Odwołujący takich dowodów nie złożył, a jedynie oparł się na dwuznacznej treści samego dokumentu, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Odwołującemu udało się zakwestionować dwie referencje, ale kolejne dwie złożone przez wykonawcę OL-MARO okazały się prawidłowe, co wystarczyło do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Tym samym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Ostatni zarzut miał charakter wynikowy w stosunku do trzech wcześniejszych, co potwierdził sam odwołujący w treści odwołania. W wyniku tego zarzut podniesiony w pkt 4 petitum odwołania podzielił los zarzutów podstawowych tj. okazał się zasadny w zakresie błędnej oceny oferty wykonawcy OL-MARO odnośnie kryteriów pozacenowych i związanym z tym nieprawidłowym wyborem najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz chybiony w pozostałym zakresie.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie odnoszącym się do zarzutu dotyczącego przyznania punktów ofercie wykonawcy OL-MARO w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przyznając ofercie wykonawcy OL-MARO maksymalną ilość punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W 26

przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegały trzy samodzielne zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego z tych zarzutów i chybione w pozostałym zakresie. W związku z tym kosztami postępowania obciążono odwołującego w części 2/3 oraz zamawiającego w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (7 500 zł), koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł) oraz koszt dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie i rozprawę (11 zł 96 gr), zatem łącznie 11 111 zł 96 gr. Zamawiający nie wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 3 703 zł 99 gr (11 111 zł 96 gr x 1/3). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 11 111 zł 96 (koszt wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę), a odpowiadał za te koszty w kwocie 7 407 zł 97 gr (11 111 zł 96 gr x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 704 zł (11 111 zł 96 gr – 7 407 zł 97 gr, zaokrąglając zasądzoną kwotę w górę do pełnych złotych), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: …….