Sygn. akt KIO 346/23

WYROK

z dnia 22 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2023 r. przez wykonawcę Centrum Dobrego Smaku S.C. E. G. – T. M. G., Morliny 15,

10-100 Ostróda w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie, ul. Niepodległości 44, 10-045 Olsztyn

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Catermed Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź i JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Centrum Dobrego Smaku S.C. E. G. – T. M. G., Morliny 15, 10-100 Ostróda i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Centrum Dobrego Smaku S.C. E. G. – T. M. G., Morliny 15, 10-100 Ostróda tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy Centrum Dobrego Smaku S.C. E. G. – T. M. G., Morliny 15, 10-100 Ostróda na rzecz zamawiającego Miejskiego Szpitala Zespolonego w Olsztynie, ul. Niepodległości 44, 10-045 Olsztyn kwotę 2 498 zł 53 gr

(słownie: dwa tysiące czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 346/23

Uzasadnienie

Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę produkcji i przygotowania całodziennych posiłków Miejskiego Szpitala Zespolonego w Olsztynie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 grudnia 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 234-674699.

W dniu 7 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Centrum Dobrego Smaku S.C. z siedzibą w miejscowości Morliny, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na czynności lub zaniechania Zamawiającego polegające na:

1) błędnym wyborze najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i zapisami SWZ nr DZP-3 82-

62/2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp;

2) błędnej ocenie oferty złożonej przez Odwołującego jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu wbrew zapisom SWZ nr DZP-382-62/2 i treści oferty złożonej przez Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp; błędnym przyznaniu ofercie Odwołującego w kryterium:

Doświadczenie zawodowe dietetyka 0 (zero) pkt;

3) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechaniu wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp;

4) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu na usługi, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i wbrew

postanowieniom SWZ nr DZP-3 82-62/2, zarzucajć Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

5) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie osoby dietetyka i formy jego zatrudnienia przy realizacji zamówienia, w przypadku wyboru przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowną merytoryczno-prawną ocenę ofert zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy Pzp.

2. Ustalenie obowiązku wezwania przez Zamawiającego wykonawcy - Odwołującego, który złożył potencjalnie najkorzystniejszą ofertę, do złożenia podmiotowych środków dowodowych - zgodnie z przepisem art. 126 ust. 1 ustawy Pzp i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych - zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp

3. Nałożenie na Zamawiającego obowiązku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia kwestii zatrudnienia osoby dyplomowanego dietetyką, podanego w ofercie - wykazie osób, które ze strony Odwołującego będą uczestniczyły w realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne.

4. Dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów: 1) o przesłuchanie w charakterze świadków pracowników Zamawiającego biorących czynny udział w przedmiotowym postępowaniu: p. L. K., p. E. K. i p. M. D., na okoliczność wyjaśnienia naruszeń i zaniechań ustawowych Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

5. Przekazanie przez Zamawiającego kopii zarządzenia wewnętrznego nr 176/2022 z dnia 30 listopada 2022 r. Dyrektora Miejskiego Szpitala Zespolonego w Olsztynie, powołującego komisję przetargową przedmiotowego postępowania - celem wyjaśnienia okoliczności zaniedbań i roli poszczególnych świadków w przedmiotowym postępowaniu.

6. Przekazanie przez Zamawiającego kopii regulaminu pracy komisji przetargowej w Miejskim Szpitalu Zespolonym w Olsztynie - celem wyjaśnienia okoliczności naruszeń i zaniechań ustawowych w przedmiotowym postępowaniu.

7. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości wniesionego wpisu, tj. 15.000,00 PLN oraz kosztów zastępstwa procesowego - 15.000,00 PLN.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, odnosząc się do poszczególnych zarzutów, że:

Odnośnie zarzutu 1 Odwołujący podniósł, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta w świetle kryteriów oceny ofert powinna w każdym kryterium otrzymać maksymalną możliwą liczbę punktów.

Transparentne dowody na powyższe to: informacja z otwarcia ofert; formularz ofertowy Odwołującego w formie elektronicznej; informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27.01.2023;

Odnośnie zarzutu 2 Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający błędnie ocenił jego ofertę jako niespełniającą warunków udziału w postępowaniu i w sposób nieuprawniony przyznał jego ofercie w kryterium: Doświadczenie zawodowe dietetyka 0 (zero) pkt.

Dowodem na powyższe jest: informacja z otwarcia ofert; formularz ofertowy Odwołującego w formie elektronicznej, zapis w SWZ nr DZP-382-62/2 rozdział V. ust. 1 pkt 1.4 lit b w brzmieniu ,,b) Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującymi osobami odpowiedzialnymi za świadczenie usług: • Kierownik kuchni, posiadający co najmniej 2 letni staż w jednostkach stacjonarnych udzielających świadczeń w żywieniu zbiorowym. • Dietetyk, posiadający co najmniej roczny staż w zawodzie dietetyk w jednostkach stacjonarnych udzielających świadczeń w podmiotach leczniczych lub placówkach sektora ochrony zdrowia oraz zapis w SWZ nr DZP-382-62/2 rozdział XVIII. ust. 3 w brzmieniu: „3. Kryterium „Doświadczenie zawodowe dietetyka” rozpatrywane będzie na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym - waga 15% a) W ramach kryterium „Doświadczenie zawodowe dietetyka”

rozumianego jako wyrażony w latach doświadczenie zawodowe dietetyka w jednostkach stacjonarnych, udzielających świadczeń w podmiotach leczniczych lub placówkach sektora ochrony zdrowia, każdy z wykonawców może otrzymać maksymalne 15 pkt zgodnie z wagą tego kryterium, b) Obligatoryjny okres doświadczenia zawodowego to minimum jeden rok. c). Punkty przyznawane będą w następujący sposób: Doświadczenie od 1 roku do 2 lat = 5 pkt; Doświadczenie powyżej 2 lat = 15 pkt. d) Wykonawca, który przedstawi w ofercie najdłuższe doświadczenie dietetyka otrzyma maksymalnie 15 punktów....".

Odnośnie zarzutu 3 Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania i tym samym naruszył art. 126 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechał wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych i naruszył art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Dowodem na powyższe ma być informacja z otwarcia ofert, formularz ofertowy Odwołującego w formie elektronicznej, zapis w SWZ nr DZP-382-62/2 rozdział lll. ust. 5 w brzmieniu: „5. Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 139 ust 1 ustawy Pzp najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu" oraz zapis w SWZ nr DZP-382-62/2 rozdział Vlll. w brzmieniu: „Vlll. Przedmiotowe środki dowodowe 1. W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, zamawiający żąda: 1.1. Dokumentu potwierdzającego zadeklarowane w formularzu ofertowym Doświadczenie zawodowe dietetyka, taki jak kopia umowy o pracę, kopia świadectwa pracy, kopia umowy cywilno-prawnej; 1.2. Dokumentu potwierdzającego zadeklarowane w formularzu ofertowym Doświadczenie zawodowe kierownika kuchni, taki jak kopia umowy o pracę, kopia świadectwa pracy, kopia umowy cywilno-prawnej; ... 2. Zamawiający wezwie Wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych

środków dowodowych, w przypadku stwierdzenia braku w ofercie żądanych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 107 ust 2 ustawy Pzp."

Odnośnie zarzutu 4 odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu na usługi, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i wbrew postanowieniom SWZ nr DZP-382-62/2 — tym samym złamał przepisy art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Na dowód powyższego Odwołujący odwołał się do informacji z otwarcia ofert, formularza ofertowego Odwołującego w formie elektronicznej, zapisu w SWZ nr DZP-382-62/2 rozdział XVlll powinien być ust. 5 – u Zamawiającego wystąpiła pomyłka w numeracji ustępów i jest ust. 2. w brzmieniu: „2. Oferta wypełniająca w najwyższym stopniu wymagania określone w każdym kryterium otrzyma maksymalną liczbę punktów. Pozostałym wykonawcom, wypełniającym wymagania kryterialne przypisana zostanie odpowiednio mniejsza (proporcjonalnie mniejsza) liczba punktów."

Odnośnie zarzutu 5 Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie osoby dietetyka i formy jego zatrudnienia przy realizacji zamówienia, w przypadku wyboru przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Tym samym naruszył przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dowodem na powyższe są: załącznik do oferty - załącznik nr 10 - wykaz osób z którego wynika, że dietetyk będzie u Odwołującego zatrudniony na umowę o pracę - jako pracownik własny, załącznik do oferty - omyłkowo załączona umowa - zlecenie z dietetykiem dnia 28.12.2023 r., która została w grudniu 2022 r. rozwiązana przez obie strony umowy, kopia umowy o pracę z dietetykiem z dnia 02.01.2023 r., która przez pomyłkę nie została dołączona do oferty przesłanej Zamawiającemu, zapisy rozdziału XXl. Wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w art. 95 SWZ nr DZP-382-62/2.

Zamawiający w dniu 7 lutego 2023 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

W dniu 9 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Catermed Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi i JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, zwani dalej „Przystępującym", zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 17 lutego 2023 r. (pismem z dnia 17 lutego 2023 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600,00 zł, koszty pełnomocnictwa 17 zł oraz kosztów dojazdu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Catermed Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi i JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 346/23 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1) Informacja z otwarcia ofert

2) Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

3) SWZ

4) Formularz ofertowy.

5) Umowa o pracę dietetyka.

Izba nie dopuściła dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego w treści odwołania, tj. dowodu:

1) z przesłuchania w charakterze świadków pracowników Zamawiającego biorących czynny udział w przedmiotowym postępowaniu: p. L. K., p. E. K. i p. M. D., na okoliczność wyjaśnienia naruszeń i zaniechań ustawowych Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,

2) przekazania przez Zamawiającego kopii zarządzenia wewnętrznego nr 176/2022 z dnia 30 listopada 2022 r. Dyrektora Miejskiego Szpitala Zespolonego w Olsztynie, powołującego komisję przetargową przedmiotowego postępowania - celem wyjaśnienia okoliczności zaniedbań i roli poszczególnych świadków w

przedmiotowym postępowaniu,

3) przekazania przez Zamawiającego kopii regulaminu pracy komisji przetargowej w Miejskim Szpitalu Zespolonym w Olsztynie - celem wyjaśnienia okoliczności naruszeń i zaniechań ustawowych w przedmiotowym postępowaniu,

uznając że ich przeprowadzenie prowadziłoby do zbędnej zwłoki, gdyż nie dotyczą istoty sporu, jak również nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu Sekcja I: Instytucja zamawiająca, pkt II.2.14) Informacje dodatkowe podał „1. Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 139 ust 1 Ustawy pzp najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. (…) 3. Zamawiający wezwie Wykonawców do uzupełnienia

przedmiotowych środków dowodowych, w przypadku stwierdzenia braku w ofercie żądanych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 107 ust 2 ustawy Pzp. 4. Zamawiający nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, 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”.

Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe” zamieścił następującą treść:

„1 . W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, zamawiający żąda:

1.1. Dokumentu potwierdzającego zadeklarowane w formularzu ofertowym Doświadczenie zawodowe dietetyka, taki jak kopia umowy o pracę, kopia świadectwa pracy, kopia umowy cywilno-prawnej;

1.2. Dokumentu potwierdzającego zadeklarowane w formularzu ofertowym Doświadczenie zawodowe kierownika kuchni, taki jak kopia umowy o pracę, kopia świadectwa pracy, kopia umowy cywilno-prawnej;

1.3. Wypełniony przez wykonawcę zgodnie z wzorem z załącznika nr 13 do SWZ – 10 dniowy jadłospis na potwierdzenie zadeklarowanego w formularzu ofertowym Wsadu do Kotła.

2. Zamawiający wezwie Wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w przypadku stwierdzenia braku w ofercie żądanych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 107 ust 2 ustawy Pzp.

3. Zamawiający nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, 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.”.

Zamawiający w Rozdziale XVIII SWZ „Opis kryteriów oceny ofert” podał kryteria, tj.: „1. Cena 60%

2. Wsad do kotła 15 %

3. Doświadczenie zawodowe dietetyka 15 %

4. Doświadczenie zawodowe kierownika kuchni 10%”

W punkcie 3 Kryterium „Doświadczenie zawodowe dietetyka” podał, że „rozpatrywane będzie na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym -waga 15% a) W ramach kryterium „Doświadczenie zawodowe dietetyka” rozumianego jako wyrażony w latach doświadczenie zawodowe dietetyka w jednostkach stacjonarnych, udzielających świadczeń w podmiotach leczniczych lub placówkach sektora ochrony zdrowia, każdy z wykonawców może otrzymać maksymalne 15 pkt zgodnie z wagą tego kryterium.

b) Obligatoryjny okres doświadczenia zawodowego to minimum jeden rok.

c) Punkty przyznawane będą w następujący sposób:

> Doświadczenie od 1 roku do 2 lat = 5 pkt;

> Doświadczenie powyżej 2 lat = 15 pkt.

d) Wykonawca, który przedstawi w ofercie najdłuższe doświadczenie dietetyka otrzyma maksymalnie 15 punktów.

e) Pozostali Wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów (…),

f) Na potwierdzenie spełniania ww. kryterium wykonawca załącza wypełniony formularz ofertowy oraz dokument potwierdzający zadeklarowane w formularzu ofertowym. Doświadczenie zawodowe dietetyka, taki jak, np.: kopia umowy o pracę, kopia świadectwa pracy, kopia umowy cywilno-prawnej.

g) Oświadczenie Wykonawcy zawarte w formularzu ofertowym będzie zweryfikowane na podstawie dokumentów potwierdzających doświadczenie i będzie to ostateczna podstawa do przyznania punktów”.

Odwołujący złożył „Formularz ofertowy wykonawcy”, w którym podał „Doświadczenie zawodowe dietetyka: (…) X Doświadczenie powyżej 2 lat”. Do oferty załączył umowę zlecenia nr 1/2022 z dnia 28 grudnia 2022 r., w treści której wskazano, że „umowa zostaje zawarta na okres: 28.12.2022 r. – 30.06.2022 r.”.

Zamawiający, w ramach tego kryterium (kryterium „doświadczenie zawodowe dietetyka”) otrzymał 0 pkt.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Złożone odwołanie jest przejawem niezrozumienia podstawowych instytucji ustawy Pzp. Przedmiotowe postępowanie - jak wprost wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja I, pkt II.2.14) - przeprowadzone było z zastosowaniem art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu”. W przepisie tym została uregulowana tzw. procedura odwrócona, zwana także „odwróconą kolejnością oceny”, która polega na tym, że Zamawiający najpierw bada złożone oferty pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty (art. 226 ust. 1 ustawy Pzp), potem ocenia oferty z zastosowaniem kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. Natomiast następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postepowaniu.

W taki też sposób (sposób zgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SWZ i przepisami ustawy Pzp) Zamawiający dokonał badania i oceny ofert. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia – zgodnie z Rozdziałem VIII SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe” - celem potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, zobowiązani byli złożyć m.in. „dokumenty potwierdzające zadeklarowane w formularzu ofertowym Doświadczenie zawodowe dietetyka, takie jak kopia umowy o pracę, kopia świadectwa pracy, kopia umowy cywilno-prawnej”. Odwołujący w „Formularzu ofertowym” w punkcie dotyczącym „doświadczenia zawodowego dietetyka” zadeklarował doświadczenie „powyżej 2 lat” , na potwierdzenie którego złożył umowę

zlecenia nr 1/2022 z dnia 28 grudnia 2022 r., w treści której wskazano, że „umowa zostaje zawarta na okres: 28.12.2022 r. – 30.06.2022 r.”. Odwołujący mimo, że zadeklarował doświadczenie dietetyka „powyżej 2 lat”, złożył umowę zlecenia, która zadeklarowanego doświadczenia nie potwierdzała. Z treści umowy wynika bowiem doświadczenie poniżej 1 roku a więc takie, które nie jest punktowane. Oświadczenie wykonawcy zawarte w „Formularzu ofertowym” było weryfikowane na podstawie dokumentów potwierdzających zadeklarowane doświadczenie, w tym przypadku na podstawie złożonej przez wykonawcę umowy zlecenia. Skoro więc złożony przez Odwołującego dokument (umowa zlecenie) tego

doświadczenia nie potwierdzała brak było podstaw do przyznania Odwołującemu punktów w ramach tego kryterium oceny ofert. Zamawiający prawidłowo więc uczynił, przyznając Odwołującemu 0 pkt. Złożona przez odwołującego wraz z ofertą umowa zlecenie stanowi bowiem przedmiotowy środek dowodowy i nie może być uzupełniona nawet jeżeli, jak twierdził Odwołujący, przez omyłkę nie została złożona umowa potwierdzająca deklarowane doświadczenie. Przedmiotowe środki dowodowe składa się bowiem wraz z ofertą. Służą one zweryfikowaniu poprawności merytorycznej oferty lub potwierdzeniu oferowanych właściwości przedmiotu zamówienia, ocenianych w kryteriach oceny ofert. W tym stanie faktycznym przedmiotowe środki dowodowe miały potwierdzać zadeklarowane przez wykonawcę doświadczenie dietetyka i podlegać ocenie w kryterium (doświadczenie zawodowe dietetyka). Dlatego też dokument ten (umowa zlecenie) nie może być uzupełniony, gdyż składany był na potwierdzenie wymagań podlegających ocenie w kryterium oceny ofert. Art. 107 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, że „Zamawiający nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, 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". Jego uzupełnienie – w świetle powyższego - jest więc niedopuszczalne.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pozycji drugiej w rankingu ofert wobec czego brak było podstaw do wezwania tego wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Takie wezwanie, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, kierowane jest do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. To wyłącznie ten wykonawca wzywany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro więc oferta Odwołującego nie została najwyżej oceniona wykonawca ten nie był i nie może być wzywany do ich składania. Oferta Odwołującego nie podlegała więc ocenie pod kątem istnienia podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W tym stanie faktycznym nie znajduje zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż umowa zlecenia została złożona jako przedmiotowy środek dowodowy. Wobec czego nie podlegała także wyjaśnieniom.

Tym samym stwierdzić należy, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Odnośnie wniosku zgłoszonego przez Odwołującego na rozprawie o unieważnienie postepowania z urzędu z uwagi na szereg wad postępowania stwierdzić należy, iż Izba odnosiła się wyłącznie do zarzutów a tym samym wniosków zawartych w odwołaniu. Zarzut stanowią bowiem wskazane przez Odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący zobowiązany jest do ich skonkretyzowania w odwołaniu, tj. wskazania nie tylko jego podstawy prawnej, ale i faktycznej, która to wyznacza zakres rozpoznania odwołania. Odwołanie się do bliżej nieokreślonych wad postępowania po upływie terminu na wniesienie odwołania, które miałyby skutkować unieważnieniem postępowania uznaje się za nowy zarzut. Tymczasem Izba orzeka w granicach zarzutów a tym samym i wniosków podniesionych w odwołaniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……..