

WYROK

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - D.N. i A.P. wspólniczki spółki cywilnej Firma Usługowa "JiR" Spółka Cywilna A. Piekarczyk, D. Nazaruk z siedzibą w Przebieczanach 539, 32-020 Wieliczka w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie, ul. Basztowa 22 uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca M.K., przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.M. z siedzibą w Łąckie Dolnej Łąka Dolna 142

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Marcina Kukła, przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.M. z siedzibą w Łąckie Dolnej Łąka Dolna 142 z postępowania z uwagi na to, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. 7 ust. 1 pkt 3 lit. a SWZ i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy i zarzutu ewentualnego naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie, ul. Basztowa 22 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie D.N. i A.P. wspólniczki spółki cywilnej Firma Usługowa "JiR" Spółka Cywilna A. Piekarczyk, D. Nazaruk z siedzibą w Przebieczanach 539, 32-020 Wieliczka tytułem uiszczanego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie, ul. Basztowa 22 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie D.N. i A.P. wspólniczki spółki cywilnej Firma Usługowa "JiR" Spółka Cywilna A. Piekarczyk, D. Nazaruk z siedzibą w Przebieczanach 539, 32-020 Wieliczka kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczanego wpisu i wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1110/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na świadczenie usług cateringowych podczas spotkań o szczególnym znaczeniu i wysokiej randze na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w roku 2024, z prawem opcji na rok 2025 zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2024/BZP 00212850/01 z dnia 21 lutego 2024 r.

W dniu 27 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania.

W dniu 2 kwietnia 2024 wykonawcy złożyli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 marca 2024 r. udzielonego przez obu wspólników spółki cywilnej. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji gdy pozostawała ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 61 i art. 62 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia,

2)Art. 226 ust. 1 pkt. 2b ustawy publicznych, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KUKLARESTO i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę mimo bezsprzecznego ustalenia, że doświadczenie wykazywane przez tego wykonawcę w postępowaniu zostało nabyte w okolicznościach braku wymaganego zezwolenia na prowadzenie działalności cateringowej,

3)Art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KUKLARESTO mimo że oferta ta została przez wykonawcę złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

4)Art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mimo że zawiera ona rażąco niską cenę realizacji zamówienia,

5)Art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mimo, że została ona złożona w sposób niezgodny z wymogami zamawiającego sformułowanymi w dokumentach zamówienia.

Ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 4 powyżej:

6)naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy publicznych przez zaniechanie wezwania wykonawcy KUKLARESTO do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty mimo, że cena oferty złożonej przez tego wykonawcę wydaje się rażąco niska w porównaniu zarówno z szacunkową wartością zamówienia, jak i średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

Wniósł o:

1.Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert.

2.Nakazanie zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KUKLARESTO,

3. Nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

ewentualnie – w przypadku uwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt. 6 powyżej

– nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym

- wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Ponadto o :

- przeprowadzenie dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania,

- przeprowadzenie dowodów załączonych do tego postępowania odwoławczego,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Interes odwołującego się w uzyskaniu zamówienia został, w jego ocenie, bezwzględnie naruszony przez zamawiającego. Odwołujący złożył w postępowaniu ważną ofertę i była to oferta najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KUKLARESTO, pomimo wystąpienia przesłanek takiego odrzucenia, naruszył interes odwołującego, pozbawiając go możliwości uzyskania zamówienia i zrealizowania umowy.

W konsekwencji odwołujący poniósł szkodę, przez uniemożliwienie uzyskania przychodu przez odwołującego się na poziomie ustalonej ceny ofertowej oraz prowadzi do utraty zakładanego zysku, a co za tym ma on interes we wniesieniu odwołania.

Zostały zatem spełnione wszystkie przesłanki do wniesienia odwołania przewidziane w art. 505 ust. 1 ustawy.

1. Zarzut naruszenia .art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji gdy pozostawała ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 61 i art. 62 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia,

W pierwszej kolejności przyczyną, dla której konieczne jest odrzucenie oferty wykonawcy KUKLARESTO jest brak możliwości świadczenia przez tego wykonawcę usług cateringowych w sposób zgodny z prawem w dacie złożenia oferty.

Prowadzenie działalności cateringowej wymaga zatwierdzenia lokalu gastronomicznego i wpisania go do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Sanepid) – zgodnie z wymogami ustawy z 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1448). Zgodnie z art. 62 tej ustawy:

„1. Właściwy ze względu na siedzibę zakładu lub miejsce prowadzenia przez zakład działalności państwowy powiatowy inspektor sanitarny lub państwowy graniczny inspektor sanitarny:

1)prowadzi rejestr zakładów, o których mowa w art. 61, podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej, zwany dalej „rejestrem zakładów”, oraz uaktualnia na bieżąco dane zawarte w rejestrze;

2)wydaje decyzje w sprawie zatwierdzenia, warunkowego zatwierdzenia, przedłużenia warunkowego zatwierdzenia, zawieszenia lub cofania zatwierdzenia zakładów określonych w art. 61 oraz odmowy wpisu do rejestru zakładów, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 31 ust. 2 rozporządzenia nr 882/2004;

3)wydaje decyzje o wykreśleniu z rejestru zakładów;

4)wydaje zaświadczenie o wpisie do rejestru zakładów według wzoru określonego na podstawie art. 67 ust. 3 pkt 6. (...)”

Z kolei art. 63 ust. 1 ww. ustawy jednoznacznie wskazuje, że zakład gastronomiczny może rozpocząć działalność „po zatwierdzeniu lub warunkowym zatwierdzeniu, a w przypadkach określonych w ust. 2, po uzyskaniu wpisu do rejestru zakładów.”

Wymagania higieniczno-sanitarne dla zakładów, które produkują lub wprowadzają do obrotu środki spożywcze określone są w rozporządzeniu (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29.04.2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz. Urz. UE L139 z 30.04.2004 r., str. 1), a w efekcie złożenia wniosku do właściwego Powiatowego Inspektora Sanitarnego przeprowadzana jest kontrola lokalu gastronomicznego pod kątem spełniania właściwych wymogów.

Reasumując w świetle brzmienia ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia przedsiębiorca, który nie uzyskał zezwolenia na prowadzenie działalności cateringowej, stosownie do art. 63 ust. 1 tej ustawy, nie może rozpocząć prowadzenia takiej działalności, a tym samym skutecznie złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższą jednoznaczną konstatację na stan faktyczny w przedmiotowej sprawie wskazać należy, że wykonawca KUKLARESTO prowadzi działalność gospodarczą w lokalu gastronomicznym VISTULA Port, adres lokalu ul. Na Zakolu Wisły 12B LU2. Okoliczność ta jest bezsporna pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego. Wykonawca sam wskazał ten właśnie lokal jako miejsce przygotowywania wszystkich posiłków i ich dystrybucji w innym postępowaniu publicznym (prowadzonym przez ROPS w Krakowie), w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, składając jednocześnie jako dowód w sprawie dwie decyzje Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie:

a) z 1 grudnia 2017, znak: ZL/2017/11/789/3796 (załącznik nr 4 do pisma),

b) z 15 lutego 2018 roku, znak. ZL/2018/01/1144/212 (załącznik nr 5 do pisma).

Wobec istotnych wątpliwości odwołującego co do treści ww. decyzji, 29 lutego 2024 roku zwrócił się do organu wydającego te decyzje z zapytaniem o to, czy obejmują one swoim zakresem możliwość świadczenia usług cateringowych. W odpowiedzi, 5 marca 2024 roku, w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w Krakowie jednoznacznie potwierdził, że wykonawca KUKLARESTO nie może w przedmiotowym lokalu gastronomicznym na dzień udzielenia informacji oraz nie mógł na dzień składania ofert prowadzić działalności cateringowej.

Dowód: Informacja publiczna PSSE w Krakowie (załącznik nr 6 do pisma).

W treści informacji publicznej wskazano m.in., że zakres działalności prowadzonej w lokalu VISTULA PORT „nie obejmuje świadczenia usług cateringowych”, a co za tym idzie – prowadzenie takiej działalności przez wykonawcę KUKLARESTO „będzie możliwe po złożeniu wniosku o zatwierdzenie i wpis do rejestru, oraz uzyskaniu decyzji w tym zakresie.”

Reasumując na dzień składania ofert wykonawca KUKLARESTO nie mógł prowadzić działalności cateringowej w świetle obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej przepisów sanitarnych. Uprawnienia do prowadzenia działalności cateringowej wykonawca KUKLARESTO uzyskał dopiero 19 marca 2024 roku, wskutek wniosku złożonego przez wykonawcę KUKLARESTO już po złożeniu oferty, a nawet po wezwaniu tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie posiadania lub braku uprawnień do świadczenia działalności cateringowej.

Dowód: Informacja PSSE w Krakowie przesłanka w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego (załącznik nr 7).

Okoliczność braku uprawnień do prowadzenia działalności cateringowej jest bezsporna pomiędzy wszystkimi uczestnikami zamówienia. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie wskazał jedynie na własne trudności w interpretacji pojęcia działalność cateringowa oraz na potrzebę unieważnienia postępowania na podstawie art. 226 pkt. 6 ustawy, tj. z powodu istnienia niemożliwej do usunięcia wady postępowania.

Jest to argument oczywiście bezzasadny, ponieważ wykonawca, jak i każdy uczestnik postępowania, mieli świadomość, jakie usługi są przedmiotem zamówienia, a jedynie nie dysponował on zezwoleniem do prowadzenia takiej działalności. Aż do dnia złożenia wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, po złożeniu oferty w postępowaniu, wykonawca KUKLARESTO nie zgłaszał jakichkolwiek wątpliwości co do tego, na czym polegają usługi określone w opisie przedmiotu zamówienia. Jak sam zresztą słusznie zauważa, pojęcie usługi cateringowej jest znane zarówno w języku potocznym (języku biznesu), jak i języku formalnoprawnym (przepisy unijne, PKWiU, przepisy dotyczące bezpieczeństwa żywności i żywienia).

Tym samym w ocenie odwołującego treść wyjaśnień z 14 marca 2024 roku miała za zadanie jedynie odwrócić uwagę zamawiającego od okoliczności złożenia oferty pomimo braku uprawnień do świadczenia działalności cateringowej.

Dowód: Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług cateringowych (załącznik nr 8 do pisma).

Treść wyjaśnień potwierdza, zdaniem odwołującego, że wykonawca KUKLARESTO składając ofertę w postępowaniu usiłował wprowadzić zamawiającego w błąd i było to efektem co najmniej rażącego niedbalstwa. Co więcej prowadzenie działalności gospodarczej w branży obciążonej wymogiem uprzedniego uzyskania decyzji zezwalającej na prowadzenie

takiej działalności, bez takiej decyzji wydaje się spełniać kategorię poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Świadczenie usług cateringowych bez zezwolenia może prowadzić do odpowiedzialności tego podmiotu na gruncie ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (art. 103 ustawy).

Reasumując prowadzenie działalności cateringowej wymaga uzyskania decyzji, o którą wykonawca nie wnioskował aż do momentu otrzymania od zamawiającego wezwania w zakresie wyjaśnienia tej okoliczności z kopią pisma odwołującego. Nie ma tu znaczenia, czy rzeczywistym powodem braku uzyskania decyzji było niespełnienie przez lokal gastronomiczny warunków sanitarnych (co zakłada odwołujący) w dacie składania ofert, czy też brak wiedzy o wiążących wykonawcę KUKLARESTO wymogach prawnych. Wykonawca ten jako profesjonalista powinien był wiedzieć, że prowadzenie działalności cateringowej stanowi działalność regulowaną w rozumieniu art. 43 ustawy z 6 marca 2018 roku prawo przedsiębiorców (tj. (Dz.U. z 2024 r. poz. 236) i uzyskać wymaganą przepisami prawa decyzję administracyjną potwierdzającą spełnienie wymogów w zakresie bezpieczeństwa żywności i żywienia i uprawniającą go do rozpoczęcia świadczenia usług cateringowych.

Tym samym wobec braku uprawnienia do rozpoczęcia działalności cateringowej, wykonawca KUKLARESTO nie mógł złożyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ważnej oferty, ponieważ nie był uprawniony do świadczenia usług będących przedmiotem tego Postępowania. W konsekwencji należy wskazać, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania oferta wykonawcy KUKLARESTO jest nieważna na podstawie art. 58 kodeksu cywilnego, ponieważ została ona sporządzona w sposób mający na celu obejście przepisów prawa dotyczących warunków świadczenia usług cateringowych (art. 58 §1 kodeksu cywilnego) i jednocześnie jej złożenie w tych okolicznościach narusza reguły słuszności (art. 58 § 2 kodeksu cywilnego).

Zatem jest to oferta, której przyjęcie przez zamawiającego doprowadziłoby do nieważności zawartej umowy, a związku z tym podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 58 § 1 lub 2 KC.

Podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty wymagało ustalenia, że oferta wykonawcy została sporządzona contra legem (ewentualnie ma na celu obejście przepisów prawa) lub jest sprzeczna z zasadami uznawanymi za społecznie akceptowalne, narusza tzw. reguły słuszności. Przykładem uznania nieważności oferty jako czynności sprzecznej z ustawą, poddanym rozstrzygnięciu KIO (wyr. z 30.11.2011 r., KIO 2494/11) jest złożenie oferty przez wykonawcę działającego w formie sp. z o.o. w postępowaniu, którego przedmiotem było świadczenie osobiście usług prawnych przez radców prawnych lub adwokatów w dopuszczalnej przepisami formie wykonywania obu zawodów. Zarówno zawód radcy prawnego, jak i adwokata nie może być wykonywany w formie spółki kapitałowej, co wprost wynika z przepisów ustawy o radcach prawnych oraz ustawy prawo o adwokaturze, Izba uznała, że złożenie oferty przez spółkę kapitałową jest czynnością nieważną na podstawie odrębnych przepisów, tj. sprzeczną z ustawą o radcach prawnych oraz ustawą – Prawo o adwokaturze i jako taka podlega odrzuceniu.

W przedmiotowej sprawie sytuacja jest podobna, choć dotyczy naruszenia innych ustaw szczególnych. Konstatacja jest właściwie tożsama, Skoro działalność gospodarcza polegająca na świadczeniu usług cateringowych może być wykonywana jedynie przez podmiot dysponujący zakładem gastronomicznym, który uzyskał pozytywną decyzję zatwierdzającą ten zakład do celów prowadzenia takiej działalności, złożenie oferty przez wykonawcę, który taką decyzją (takim lokalem) nie dysponuje jest czynnością nieważną na podstawie odrębnych przepisów, tj. sprzeczną z ustawą o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Fakt następczego uzyskania decyzji przez wykonawcę KUKLARESTO oznacza wyłącznie, że od tego dnia wykonawca ten może ubiegać się o zamówienia, których przedmiotem jest świadczenie usług cateringowych, chociaż zdaniem odwołującego nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie uzyskane w warunkach prowadzenia działalności cateringowej „bez uprawnień”. Nie może on jednak prowadzić do zmiany treści oferty czy konwalidować jej ex post. Takie podejście stanowiłoby bowiem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez zamawiającego.

Ad. 2. Konieczność odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu
Konsekwencją braku możliwości świadczenia usług cateringowych aż do dnia 19 marca 2024 roku, tj. do dnia uzyskania przez wykonawcę KUKLARESTO wymaganej przepisami prawa decyzji, jest brak możliwości przyjęcia, że wykonawca ten mógł samodzielnie wykonać należycie usługi cateringowe w przeszłości.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający postawił wykonawcom warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej przez wskazanie, że wykonawcy muszą wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem co najmniej 2 usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się: usługę cateringową (przygotowywanie, dostarczanie i podawanie posiłków) realizowaną podczas spotkań, i/lub konferencji i/lub innych wydarzeń z udziałem gości wysokiej rangi, dyplomatów lub przedstawicieli sektora publicznego o wartości nie niższej niż 50 000,00 zł brutto (SWZ pkt. 7.3a).

Nie ma, zdaniem odwołującego, najmniejszych wątpliwości, że wskazany powyżej warunek udziału w postępowaniu został określony jednoznacznie i w sposób czytelny dla wykonawców. Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje

doświadczenia w realizacji usługi cateringowej, a przez usługę cateringową rozumie przygotowywanie, dostarczanie i podawanie posiłków. Dalsze wymogi dotyczą wartości, adresatów i sposobu wykonania tej usługi.

W tym kontekście wykonawca KUKLARESTO wskazał na realizację usług, które miały charakter usług cateringowych (zgodnie z wymogami zamawiającego), a które zostały wykonane bez wymaganej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności cateringowej.

W mojej ocenie wykonawca nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie zdobyte przez siebie w warunkach prowadzenia działalności cateringowej niezgodnie z prawem (ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia) i bez wymaganego nadzoru Powiatowego Inspektora Sanitarnego.

Wykonywanie takich usług przez podmiot, który nie spełnia wymogów formalnoprawnych w ogóle nie powinno być oceniane w kategoriach należytego lub nienależytego wykonywania umowy. To sytuacja analogiczna, jak ocenianie, czy kierowca nieposiadający prawa jazdy przewiózł pasażerów w sposób bezpieczny czy też nie. Z góry należy założyć, że lekceważenie przepisów ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia przesądza o braku możliwości przyjęcia, że doszło do należytego wykonania umowy. Co więcej to prowadzenie działalności cateringowej bez zezwolenia nie tylko nie powinno być oceniane jako należyte działanie przedsiębiorcy, ale przede wszystkim prowadzić może do odpowiedzialności takiego podmiotu na gruncie ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Zgodnie z art. 103 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy:

„Kto (...) produkuje lub wprowadza do obrotu żywność w zakresie niezgodnym z decyzją o zatwierdzeniu zakładu, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 2 (...)

podlega karze pieniężnej w wysokości do trzydziestokrotnego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej za rok poprzedzający, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na podstawie przepisów o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”.”

Podjęta przez wykonawcę KUKLARESTO próba wyjaśnienia, że przecież jego lokal był wystarczający do prowadzenia takiej działalności pomimo braku decyzji jest jak argumentowanie, że kierowca przecież ma dyng do jazdy i wieloletnią praktykę, pomimo braku/utraty prawa jazdy.

Dopiero począwszy od 19 marca 2024 roku wykonawca KUKLARESTO może rozpocząć prowadzenie działalności cateringowej w sposób zgodny z przepisami prawa i zdobywać doświadczenie niezbędne do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Od tego dnia może również składać oferty w postępowaniach publicznych, o ile oczywiście będzie spełniał warunki udziału w tych postępowaniach.

Jedynie wyprzedzająco odwołujący wskazał trzeba, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca KUKLARESTO nie występował w konsorcjum (gdzie wystarczające byłoby posiadanie uprawnień tylko przez jednego z członków konsorcjum), nie powołał się również na fakt korzystania z zasobu podmiotu trzeciego (brak zobowiązania wraz z ofertą), a zatem nie może być mowy o tym, że składając ofertę zakładał, że posiłki zostaną przygotowane w innym lokalu gastronomicznym niż ten stanowiący jego własność, tj. VISTULA PORT. Nie można również rozciągać mocy decyzji o wpisie zakładu do rejestru zakładów z 19 marca 2024 roku wstecz i sankcjonować jej wydaniem wcześniejszych usług, których wykonawca w ogóle nie powinien był świadczyć.

Nie można również, będąc profesjonalnym podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w tak newralgicznej branży powoływać się na brak wiedzy, czy świadomości co do wymogów Sanepidu dla świadczenia usług cateringowych. Takie lekkomyślne stanowisko wykonawcy KUKLARESTO prowadzi do wniosku, że istotnie nie posiada on wystarczającego doświadczenia aby wykonywać usługi cateringowe na rzecz podmiotu dysponującymi środkami publicznymi.

Wreszcie – zgodnie z art. 122 ustawy publicznych oraz ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa – wykonawca KUKLARESTO nie może na obecnym etapie powoływać się na fakt spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w realizacji podobnych usług polegając na zasobach podmiotu trzeciego.

Sam brak możliwości świadczenia usług cateringowych przez podmiot ubiegający się o udzielenie takiego zamówienia wydaje się dostateczną podstawą do tego, aby odrzucić ofertę wykonawcy KUKLARESTO. Niesie on jednak dalej idące skutki, które aktualizują przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt. 2b ustawy publicznych.

Nie można bowiem przyjąć, że wykonawca jest w stanie samodzielnie spełnić warunek udziału w postępowaniu postawiony przez zamawiającego, a dotyczący doświadczenia w realizacji podobnych usług. Co prawda najprawdopodobniej wykonawca przedłożył wykaz usług, które istotnie realizował w przeszłości a także dołączył referencje, jednak oczywistym jest, że nie można mówić o należyтым wykonywaniu usług w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie może i nie powinien ich świadczyć.

Istotnie wykonawca KUKLARESTO złożył wykaz usług i przedłożył referencje potwierdzające fakt wykonania usług. Wydaje się jednak oczywistym, że treść tych referencji – w świetle informacji uzyskanych w toku oceny ofert – powinna budzić wątpliwości zamawiającego.

Prawdopodobnie wynika tylko z tego faktu, że odbiorcy tych usług nie mieli wiedzy o braku zatwierdzenia zakładu prowadzonego przez wykonawcę KUKLARESTO do prowadzenia działalności cateringowej. Wykonawca ten, podobnie jak w przedmiotowym postępowaniu, powoływał się na decyzje, którymi dysponuje i które rzekomo miały być wystarczające do prowadzenia działalności cateringowej. Takie postępowanie, wprowadzanie zamawiającego w błąd, do niedawna było wystarczające, zresztą sam Zamawiający wybierając ofertę wykonawcy KUKLARESTO po raz pierwszy również nie miał wątpliwości co do zakresu działalności w sektorze usług gastronomicznych, do jakiego wykonawca KUKLARESTO był uprawniony.

Odwołujący nie kwestionuje możliwości świadczenia usług cateringowych przez wykonawcę KUKLARESTO ex tunc. Tu istotnie – po uzupełnieniu braków formalnych i zapewne przeorganizowaniu zakładu gastronomicznego – wykonawca może prowadzić w przyszłości działalność cateringową. Nie mógł jej jednak prowadzić (oferować jej prowadzenia) w dacie składania ofert, a tym bardziej – nie mógł oferować jej w przeszłości.

W takiej sytuacji referencje nie mogą stanowić wystarczającego podmiotowego środka dowodowego, ponieważ zamawiający powziął wiedzę, że usługi wskazane przez wykonawcę KUKLARESTO w ogóle nie mogły być świadczone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Posiadając tę informację zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, nie może przyjąć, że wykonawca KUKLARESTO spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. posiadania wymaganego minimalnego doświadczenia.

Ad.3 Złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Sytuacja, w której wykonawca składa ofertę dotyczącą usług, których w świetle prawa nie może świadczyć i powołuje się na doświadczenie zdobyte „bez uprawnień” powinna być zostać również oceniona w kontekście zasady zachowania uczciwej konkurencji wykonawców.

W ocenie odwołującego można nawet powiedzieć więcej – takie postępowanie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (o którym mowa w art.3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) w stosunku do innych uczestników rynku, którzy ponoszą koszty prowadzenia działalności gospodarczej w sposób zgodny z wymogami prawa. W szczególności koszty adaptacji lokalu gastronomicznego do wymogów sanitarnych, spełnienia warunków dotyczących sporządzania potraw, ich pakowania, mycia naczyń i pojemników, etc.

W konsekwencji wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do świadczenia usług cateringowych ponoszą wyższe koszty realizacji zamówienia i nie mogą oferować cen tak niskich jak wykonawca KUKLARESTO i tracą szansę na realizację zamówienia publicznego. Niezgodność z prawem działania wykonawcy KUKLARESTO polega na nieuzyskaniu wymaganej decyzji administracyjnej zatwierdzającej zakład gastronomiczny do prowadzenia działalności cateringowej oraz na świadczeniu usług cateringowych pomimo braku takiej decyzji. W ten sposób wykonawca KUKLARESTO wyłączył możliwości nadzorowania i kontroli prowadzonej działalności cateringowej przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego, który nie ma wiedzy, że taka działalność faktycznie jest przez tego wykonawcę prowadzona.

Odwołujący powołał wyrok KIO z 23 maja 2023 r. (KIO 1287/23), wyrok z 1 grudnia 2022 r. (KIO 3025/22), wyrok KIO z 17 września 2020 r. (KIO 2048/20).

Ad. 4. i Ad. 6 Złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zgodnie z 224 ustawy publicznych: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.”

Szacunkowa wartość zamówienia wskazana przez zamawiającego to 683 885,14 zł. netto. Ponieważ zamawiający nie wskazał żadnych oczekiwań lub wymogów dotyczących wysokości podatku VAT, a nawet nie zaoferował wykonawcom możliwości określenia – na etapie składania ofert – wysokości zastosowanej stawki podatku VAT – w przedmiotowym postępowaniu niezmiennie trudno określić kwotę stanowiącą wartość zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. A jest to kwestia niezmiennie istotna w sytuacji gdy cena oferty jednego z wykonawców wydaje się być na granicy progu obligatoryjnego wezwania.

Przedmiotem zamówienia jest usługa cateringowa, która jest opodatkowana stawką 8%, ale również: nabycie napojów,

dotatków do napojów i słodczy, gdzie należy zastosować stawkę 23%. Tym samym wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług ustalona przed wszczęciem postępowania powinna zostać określona z uwzględnieniem proporcji, w której Zamawiający nabywa usługi cateringowe (poz. 1-119) i produkty spożywcze dla których obowiązuje stawka podstawowa (pozycja 120-142).

Jako wykonawca nie mamy wiedzy, w jaki sposób proporcję tę oszacował zamawiający. Pewną pomocą może być tutaj podana przed otwarciem ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 760 000 zł. brutto.

Ta kwota jest 28% wyższa od ceny ofertowej wykonawcy KUKLARESTO. Nie jest to jednak w pełni miarodajny punkt odniesienia, bo tak jak wskazano powyżej, w ocenie odwołującego zamawiający nie miał de facto narzędzia, aby ustalić wysokość szacunkowej wartości zamówienia brutto, tj. powiększonej o należny podatek VAT. Sam w dokumentach zamówienia nie wskazał na żaden wzór lub wymóg w zakresie określania stawki podatku, na którym mógłby się oprzeć, a wykonawcom nie zapewnił w żadnym miejscu możliwości wskazania zakładanej stawki podatku, tym samym nie może dokonać obliczeń w analogii do sposobu przyjętego przez wykonawcę KUKLARESTO.

W tej sytuacji w ocenie odwołującego, zamawiający tym bardziej powinien wezwać wykonawcę KUKLARESTO do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Niezależnie od sytuacji gdy wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest obligatoryjne (art. 224 ust. 2 pzp), zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia takich wyjaśnień zawsze, jeśli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W sytuacji gdy:

- zamawiający de facto nie jest w stanie przesądzić, czy aktualizuje się podstawa wezwania obligatoryjnego,
- cena oferty wykonawcy znacząco odbiega od wszystkich pozostałych ofert w postępowaniu,
- zamówienie obejmuje świadczenie usługi na najwyższym poziomie i o wysokiej randze, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wydaje się koniecznością, a zaniechanie w tym zakresie godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i w zasadę efektywności wydatkowania środków publicznych.

Na marginesie warto dodać, że wykonawca KUKLARESTO w 2024 roku składa oferty w szeregu postępowań cateringowych z zaniżoną ceną. W konsekwencji zawarł już kilka umów na realizację usług cateringowych, m.in. z ROPS w Krakowie. Z informacji odwołującego wynika, że nigdy wcześniej wykonawca ten nie prowadził tak szeroko zakrojonej działalności cateringowej i nie dysponuje warunkami do należytego zrealizowania wszystkich zobowiązań, których chce się podjąć, oferując ceny, które naszym zdaniem nie pokrywają kosztów realizacji usługi. Sam odwołujący w swojej ofercie, mając ponad 20 lat doświadczenia i wiele wypracowanych rozwiązań pozwalających na optymalizację ceny, nie mógłby zaoferować ceny na poziomie wykonawcy KUKLARESTO, ponieważ nie pokryłaby ona wszystkich kosztów usługi.

Odwołujący sygnalizował zamawiającemu powyższą wątpliwość jednak nie spotkało się to z jakąkolwiek reakcją ze strony zamawiającego.

Ad. 5. Złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Oferta wykonawcy KUKLARESTO nie spełnia warunków zamówienia sformułowanych przez zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu.

Zgodnie z § 3 ust. 6 wzoru umowy:

„wykonawca w ramach wykonywania przedmiotu tej umowy jest zobowiązany przestrzegać zasad dobrej praktyki higienicznej, zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia.”

Wykonawca składając ofertę nie mógł sprostać powyższemu wymogowi. Nie dysponował bowiem zakładem dopuszczonym do świadczenia usług cateringowych, a także – jak wynika z treści późniejszych wyjaśnień, aż do dnia wezwania do złożenia wyjaśnień – wykonawca KUKLARESTO nie planował uzyskać wymaganej decyzji administracyjnej. .

Z kolei w opisie przedmiotu zamówienia pkt. 1 g-i zamawiający wskazał, że:

g.Podczas przygotowywania i dostarczania posiłków winny być zachowane wymogi sanitarno-epidemiologiczne w zakresie personelu i warunków produkcji.

h.Posiłki winny być przygotowywane na najwyższym poziomie i standardzie, na bazie produktów najwyższej jakości i zgodnie z normami bezpieczeństwa określonymi w systemie HACCP.

i.Zamawiający zastrzega sobie możliwość kontroli miejsca produkcji pod względem wymogów Państwowej Inspekcji Sanitarnej i procedur HACCP oraz wglądu do dokumentów na etapie realizacji umowy.

Powyższe wymogi również nie będą spełnione w sytuacji braku weryfikacji lokalu pod kątem norm bezpieczeństwa, wymogów sanitarno-epidemiologicznych i procedur HACCP.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 5 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca M.K., przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.M. z siedzibą w Łąckiej Dolnej Łąka Dolna 142, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca wskazał, że legitymuje się interesem w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego, albowiem zamawiający w dniu 27 marca 2024 r. wybrał ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego spowoduje utratę możliwości realizacji zamówienia przez przystępującego. Przystępujący ma więc interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Zgłoszenie zostało dokonane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 kwietnia 2024 r. udzielonego przez właściciela firmy. Przystępujący przekazał kopię zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 10 kwietnia 2024 r. przystępujący rozwinął swoje merytoryczne stanowisko uzasadniające wniosek o oddalenie odwołania.

1. Brak nieważności oferty wykonawcy

Odwołujący się wskazuje, że oferta wykonawcy była nieważna na podstawie art. 58 k.c. w zw. z art. 61 i 62 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Stanowisko to jest chybione, jako że wykonawca ma aktualnie oraz miał w chwili złożenia oferty, możliwość świadczenia usług wymaganych przez zamawiającego zgodnie z obowiązującym prawem. W tym miejscu wskazał na wyjaśnienia wykonawcy, które składał w toku postępowania przetargowego.

Definicja usługi cateringowej występuje w Rozporządzeniu Wykonawczym Rady (UE) nr 282/2011 z dnia 15 marca 2011 r. ustanawiającym środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej. Zgodnie z motywem (10) Preambuły do Rozporządzenia należy wyraźnie zdefiniować usługi restauracyjne i cateringowe, dokonać między nimi rozróżnienia i precyzyjnie określić odpowiednie traktowanie tych usług. I tak, zgodnie z art. 6 Rozporządzenia „usługi restauracyjne i cateringowe oznaczają usługi polegają na dostarczaniu gotowej lub niegotowej żywności lub napojów albo żywności lub napojów albo żywności i napojów, przeznaczonych do spożycia przez ludzi, wraz z odpowiednimi usługami wspomagającymi pozwalającymi na ich natychmiastowe spożycie. Dostarczanie żywności lub napojów lub żywności i napojów stanowi jedynie element większej całości, w której muszą przeważać usługi. Usługi restauracyjne polegają na świadczeniu takich usług w lokalu należącym do usługodawcy, podczas gdy usługi cateringowe polegają na świadczeniu takich usług poza lokalem usługodawcy. Za usługi cateringowe i restauracyjne w rozumieniu ust. 1 nie uznaje się dostawy gotowej lub niegotowej żywności lub napojów albo dostawy gotowej lub niegotowej żywności i napojów, wraz z ich transportem lub bez niego, ale bez żadnych innych usług wspomagających”.

W polskich normach prawnych brak jest podobnej definicji. O tym, że usługi cateringowe stanowią odrębną kategorię można wnioskować pośrednio z Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług 2008, na podstawie której opiera się klasyfikację produktów w ustawie VAT, gdzie pod kodem 56.21.1.19.0 sklasyfikowano „Usługi przygotowywania i dostarczania żywności dla odbiorców zewnętrznych (catering)”, a odrębnie pod grupą 56.1 „Usługi restauracji i pozostałych placówek gastronomicznych”. Usługi cateringu nie sklasyfikowano więc jako usługi gastronomicznej, a zupełnie odrębnie.

Usługa gastronomiczna, zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN, polega na przygotowaniu i podaniu posiłku w miejscu, w którym jest on przyrządzany, tj. w restauracji, czy innym lokalu. Natomiast catering oznacza usługę polegającą na przygotowywaniu i dostarczaniu na zamówienie gotowych potraw w miejsce wskazane przez zamawiającego lub na organizacji przyjęć.

Z wykładni językowej i celowościowej powyższych przepisów wynika więc, że charakterystyczną cechą działalności cateringowej jest dostarczanie produktów gastronomicznych do innych podmiotów. Podstawowa różnica między tymi dwoma kategoriami sprowadza się do stwierdzenia, że usługa gastronomiczna polega na świadczeniu usługi w restauracji (w pomieszczeniu będącym w posiadaniu podmiotu realizującego usługę), podczas gdy catering ma charakter dostarczenia na zamówienie gotowej potrawy do lokalizacji wskazanej przez zlecającego. Brak jest przy tym jakiegokolwiek doprecyzowania, że w zakresie usługi cateringowej musi wejść zapewnienie odpowiedniej zastawy, w szczególności w postaci naczyń innych niż opakowania jednorazowe.

W szczególności takiego rodzaju rozróżnienia nie wprowadza Ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia wraz z przepisami wykonawczymi. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 maja 2007 r., Dz.U. 2007 Nr 106, poz. 730 w sprawie wzorów dokumentów dotyczących rejestracji i zatwierdzania zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej odwołuje się do Polskiej Klasyfikacji Działalności. Podklasa 56.21.Z obejmuje przygotowywanie i dostarczanie żywności świadczone w oparciu o zawartą z klientem umowę, na określone uroczystości do miejsc przez niego wyznaczonych, przygotowywanie i dostarczanie żywności dla odbiorców zewnętrznych (catering). Również w tym wypadku nie ma odniesienia do sposobu serwowania żywności, tj. czy żywność może być serwowana w pojemnikach jednorazowych, czy z wykorzystaniem innego rodzaju zastawy.

W świetle powyższych norm prawnych działalność prowadzona przez Kuklaresto M.K. na podstawie decyzji z dnia 15

lutego 2018 r., znak sprawy ZL/2018/01/1144/212 spełnia warunki do uznania jej za działalność cateringową. Sprzedaż na wynos dań przygotowanych w lokalu, nawet w naczyniach i opakowaniach jednorazowego użycia, wypełnia definicję działalności cateringowej zarówno w myśl przepisów prawa unijnego, jak też wewnętrznego. O wydanie decyzji potwierdzającej wprost możliwość świadczenia usług cateringowych wykonawca wystąpił jedynie z daleko posuniętej ostrożności, w celu uniknięcia wątpliwości na przyszłość.

Ponadto, ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia nie wprowadza odrębnej klasy usług w postaci „usług cateringowych”. Jak wskazuje sam odwołujący się, zakłady opisane w art. 61 Ustawy (produkujące lub wprowadzające do obrotu żywność lub działające na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością) podlegają rejestracji, zatwierdzeniu lub warunkowemu zatwierdzeniu przez Państwowego powiatowego inspektora sanitarnego. Ustawa ani Rozporządzenie wykonawcze nie dają jednak jakichkolwiek wskazówek co do poziomu szczegółowości wniosku sporządzonego przez podmiot ubiegający się o wydanie stosownej decyzji administracyjnej.

W świetle powyższego, Zakład wykonawcy został zatwierdzony jako spełniający wymagania dla działalności opisanej art. 61 Ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Spełnia również wymagania do prowadzenia działalności cateringowej. Uzyskanie decyzji zatwierdzającej zakład wykonawcy potwierdza jego zgodność z przepisami tak krajowymi, jak również unijnymi, w szczególności Rozporządzenie (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz.Urz.UE.L 2004 Nr 139). Również to Rozporządzenie nie różnicuje zakresu wymagań w zależności od tego, czy zakład ma świadczyć usługi cateringu. Szczegółowe oraz bardziej precyzyjne wymagania dotyczą wydawania żywności w opakowaniach jednostkowych i zbiorczych (Rozdział X Załącznika II do Rozporządzenia), zaś wymagania te zostały spełnione przez wykonawcę. Brak jest w przepisach szczegółowych rozwiązań dotyczących wyłącznie działalności cateringowej, m.in. konieczności zapewnienia stanowiska ekspedycji dań gastronomicznych, pomieszczenia zmywalni pojemników transportowych, czy naczyń stołowych.

Nie ulega więc dla przystępującego wątpliwości, że działalność wykonawcy, w tym złożenie oferty w toku postępowania przetargowego, nie jest sprzeczna z powołanymi przez odwołującego się przepisami, zwłaszcza art. 61 i 62 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Wbrew twierdzeniu odwołującego się, to nie działalność cateringowa per se jest działalnością regulowaną, lecz jest nią działalność zakładu produkującego lub wprowadzającego do obrotu żywność lub działającego na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością. Wykonawca wypełnił wszelkie obowiązki administracyjne wynikające z przedmiotowych norm, w związku z czym oferta przez niego złożona nie może być uznana za nieważną w rozumieniu art. 58 k.c., a w konsekwencji odrzucona.

2.Prawidłowość wykazania doświadczenia oraz brak działania w warunkach nieuczciwej konkurencji

W ocenie przystępującego powyższe wywody prowadzą do wniosku, że wykonawca realizując poprzednie usługi, które powołał wykazując swoje doświadczenie, spełniał bezsprzecznie wymogi dla prowadzenia działalności zakładu produkującego lub wprowadzającego do obrotu żywność, spełniał tym samym również wymogi dla działalności cateringowej. Działania wykonawcy nie charakteryzuje również działanie w warunkach nieuczciwej konkurencji, które miałyby polegać na rzekomym przedstawieniu zamawiającemu informacji nieprawdziwych. Skoro wykonawca od samego początku był uprawniony do prowadzenia działalności cateringowej, nie sposób mówić o naruszeniu zasad konkurencji na rynku świadczenia usług gastronomicznych.

3.Brak złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę

Zamawiający wartość zamówienia określił na kwotę 683 885,14 zł netto. Cenę wykonania zamówienia wykonawca określił na kwotę 547 345,00 zł brutto. Istotnie zamawiający nie określił wartości zamówienia brutto oraz istotnie dla usług cateringowych funkcjonują stawki VAT w wysokości 8 oraz 23 %. Jednak nie ulega wątpliwości, że dla zamówienia objętego niniejszym postępowaniem cena całkowita wskazana w ofercie wykonawcy nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia brutto. Cenę niższą o 31 % uzyskujemy przyjmując hipotetyczne założenie, że 50% wartości zamówienia będzie objęte stawką podatku VAT 8%, a pozostała część zamówienia stawką podatku 23%. Badając strukturę zamówienia trzeba zauważyć, że większą jego część stanowi usługa cateringowa (przygotowywanie posiłków, dostarczanie zamówionych posiłków, zapewnienie obsługi, zapewnienie stołów oraz wystroju, zapewnienie odpowiedniej zastawy, zapewnienie odpowiedniego sprzętu). Usługi te objęte są stawką VAT 8%. Jedynie dostarczanie napojów (kawy, herbaty, wody mineralnej) w ramach usługi cateringowej jest objęte stawką podstawową 23%. Nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, że dostarczanie napojów stanowi lub nawet zbliża się do 50% wartości zamówienia. Stąd też zasadne było uznanie przez zamawiającego, że nie zachodzi ryzyko zaniżonej ceny zamówienia, co mogłoby obligować zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia. Cena wskazana przez wykonawcę nie jest również niższa od 30% kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (760 000 zł).

Nie może też umknąć uwadze, że cena określona przez wykonawcę była o jedyne 6% niższa od ceny proponowanej przez odwołującego się oraz o ok. 8,5% od średniej arytmetycznej wszystkich nieodrzuconych ofert złożonych w ramach zamówienia. Chybione jest więc twierdzenie, że oferta wykonawcy odbiega od innych ofert złożonych w toku

postępowania o udzielenie zamówienia.

Przystępujący w tym miejscu wyjaśnił, że świadczy od ponad 6 lat usługi gastronomiczne tak dla gości prywatnych, jak też dla klientów biznesowych. Do zakresu usług należą:

- a.usługi cateringowe
- b.organizacja imprez okolicznościowych, przyjęć, bankietów
- c.swiadczenie usług gastronomicznych w formie restauracji.

Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na optymalizację procesu produkcji, w tym w zakresie ceny, m. in. przez:

-sieć kontaktów handlowych pozwalających na uzyskiwanie optymalnych cen składników, jako że wykonawca wynegocjował preferencyjne stawki w hurtowniach spożywczych. Produkty, z których korzysta wykonawca są zawsze świeże i pochodzą z hurtowni o ogólnopolskim zasięgu (Selgros, Farutex, Dorado, Iglotex).

-formę prawną dysponowania lokalem: Wykonawca jest właścicielem lokalu, w którym wykonywane jest zamówienie, co pozwala uniknąć kosztów wynajmu odpowiednio przystosowanego lokalu usługowego;

-w przypadku usług świadczonych w ramach zamówienia koszty zostają zoptymalizowane również poprzez możliwość korzystania z własnych samochodów do transportu posiłków, bez konieczności korzystania z usług podwykonawców.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniośł o:

- 1)oddalenie odwołania w całości,
- 2)zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów dojazdu (według potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy).

Zamawiający nie zgodził się z przedstawionymi przez odwołującego zarzutami, a w konsekwencji stoi na stanowisku, iż odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługa polegająca na realizacji usługi cateringowej, która polega na zapewnieniu kompleksowego świadczenia obejmującego: przygotowanie i dostarczenie potraw, serwowanie posiłków przez profesjonalną i kompetentną obsługę, zapewnienie stołów, odpowiedniej zastawy stołowej i szkła oraz dekoracji, w zależności od rodzaju spotkania oraz rangi gości, jak również uprzątnięcie po realizacji usługi.

Szczególnego podkreślenia wymaga, że żaden powszechnie obowiązujący akt prawny nie zawiera definicji legalnej „usług cateringowych”. W konsekwencji, na gruncie praktyki i obrotu należy uznać, że pod pojęciem tym należy rozumieć przede wszystkim usługę polegającą na przygotowywaniu posiłków, ich serwowaniu (w rozmaitych wersjach, np. poprzez serwis kelnerski, wystawienie posiłków do samodzielnej konsumpcji itp.) poza siedzibą przedsiębiorcy, oraz zapewnieniu niezbędnego wyposażenia (stołów, zastawy, obsługi itp.).

Przenosząc powyższe na realia tego postępowania zamawiający podkreślił, że w zakresie odniesienia do warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należytych wykonaniu (lub w wykonywaniu — w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych), w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej dwóch usług, odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się: usługę cateringową (przygotowywanie, dostarczanie i podawanie posiłków) realizowaną podczas spotkań, i/lub konferencji i/lub innych wydarzeń z udziałem gości wysokiej rangi, dyplomatów lub przedstawicieli sektora publicznego o wartości nie niższej niż 50 000, 00 zł brutto.

Gdy jest mowa o rangi. dyplomatach lub przedstawicielach sektora publicznego. Zamawiający ma na myśli: głowy państw, przedstawicieli rządów państw, przedstawicieli korpusu dyplomatycznego, przedstawicieli regionów partnerskich Małopolski, przedstawicieli Komisji Europejskiej, wysokich rangą przedstawicieli instytucji unijnych, sieci i organizacji międzynarodowych, wysokich rangą przedstawicieli samorządu terytorialnego i przedstawicieli administracji rządowej, ekspertów, przedstawicieli świata nauki i biznesu z Polski i z zagranicy, wojewodów, osoby zajmujące wyższe stanowiska w służbie cywilnej.

Jak wynika z powyższego, zamawiający zdefiniował na użytek przedmiotowego postępowania usługę cateringową jako przygotowanie, dostarczanie i podawanie posiłków, realizowaną podczas różnych spotkań, a więc w miejscach wskazanych przez zamawiającego (dodatkowe wymogi to wartość, adresaci). Zamawiający przyjął taką definicję z uwagi na fakt, iż nie istnieje prawna definicja tego pojęcia (usługi cateringowej) w ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia. W tym miejscu odwołać się należy do Słownika języka polskiego PWN, catering to «usługa polegająca na przygotowywaniu i dostarczaniu na zamówienie gotowych potraw lub na organizacji przyjęć».

W związku z powyższym, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać się doświadczeniem w przygotowywaniu dostarczaniu i podawaniu posiłków podczas różnego rodzaju spotkań.

Odwolujący zarzuca, że Kuklaresto nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie zdobyte przed uzyskaniem decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego (PPIS) w Krakowie z dnia 19 marca 2024r., ponieważ prowadził działalność niezgodnie z przepisami prawa. Zamawiający nie zgadza się z postawionym zarzutem.

W tym stanie rzeczy odwołujący podnosi, że oferta Wykonawcy Kuklaresto M.K. powinna zostać odrzucona z powodu braku możliwości świadczenia przez wykonawcę usług cateringowych w sposób zgodny z prawem w dacie złożenia oferty. Odwołujący twierdzi, że: Prowadzenie działalności cateringowej wymaga zatwierdzenia lokalu gastronomicznego i wpisania go do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Sanepid) — zgodnie z wymogami ustawy z 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1448). Zgodnie z art. 62 tej ustawy.

Zamawiający, po otrzymaniu od odwołującego stosownego zawiadomienia przeprowadził szczegółowe postępowanie wyjaśniające. W jego wyniku, po otrzymaniu informacji od wykonawcy, którego dotyczy zarzut oraz od Sanepidu zamawiający ustalił następujący stan faktyczny i prawny:

1. na podstawie decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z dnia 1 lutego 2017 r., znak sprawy: ZL/217/11/789/3796 lokal gastronomiczny Wykonawcy Kuklaresto M.K. został zatwierdzony jako spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie: podawania do konsumpcji na miejscu oraz sprzedaży na wynos dań gastronomicznych przygotowywanych od surowca do gotowej potrawy (z użyciem jaj dostarczanych do zakładu po dezynfekcji), napojów ciepłych i zimnych, w tym napojów alkoholowych o zawartości alkoholu do 4,5% oraz piwa, napojów alkoholowych o zawartości alkoholu powyżej 4,5% do 18% z wyjątkiem piwa oraz alkoholi o zawartości alkoholu powyżej 18%, sprzedaży środków spożywczych pakowanych jednostkowo, a także sprzedaży detalicznej napojów alkoholowych o zawartości alkoholu do 4,5% oraz piwa, napojów alkoholowych o zawartości alkoholu powyżej 4.5% do 18% z wyjątkiem piwa oraz alkoholi o zawartości alkoholu powyżej 18%.

2. W oparciu o decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z dnia 15 lutego 2018 r., znak sprawy ZL/2018/01/1144/212 Wykonawca Kuklaresto M.K. poszerzył dotychczasową działalność jako spełniającą odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie: poszerzenia dotychczasowej działalności o możliwość dostarczania do klienta dań gastronomicznych przygotowanych w lokalu, w naczyniach i opakowaniach jednorazowego użycia. Z treści tej decyzji wynika co prawda możliwość świadczenia usług w naczyniach i opakowaniach jednorazowego użycia, jednak w zapisie warunku udziału w postępowaniu zamawiający tego nie ograniczył. Wymagał, aby wykonawca miał doświadczenie w zrealizowaniu usług cateringowych tj. przygotowaniu, dostarczaniu i podawaniu posiłków, nie precyzując jednak sposobu ich podania. W tym miejscu zamawiający zauważył, że kwestie podawania posiłków należy i można rozumieć zarówno z perspektywy personelu jak i naczyń, na jakich jest to realizowane. Kwestia „podawania na naczyniach wielorazowego użytku” nie może być rozpatrywana w kategorii spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem takie wymaganie zamawiający zawarł w opisie przedmiotu zamówienia, natomiast warunek tego nie dotyczy. W kwestii natomiast personelu zauważył, że „nie podlega on zatwierdzeniu” odrębnie, bowiem do działalności żywnościowo-żywnieniowej zatwierdzany jest zakład działający na rynku spożywczym. Ponadto, rozwijając powyższe, skoro zamawiający nie sprecyzował tego warunku i przez to może być on różnie rozumiany, zamawiający oceniając uwzględnił również to, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie czynności podawania może być spełniony, jeśli w trakcie świadczonej usługi posiłki były podawane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę.

W konsekwencji uznaje się, że podmiot Kuklaresto spełnia na dzień świadczenia usługi wszystkie wymogi określone przez zamawiającego.

Z literalnego brzmienia tych decyzji wprost wynika, że KUKLARETO na mocy tej decyzji ma prawo od ponad 6 lat dostarczać przygotowywane przez siebie posiłki do klienta.

3. Zamawiający jest w posiadaniu zaświadczenia o dokonaniu zmian w rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej z dnia 8 czerwca 2021 r., informującym o dokonaniu zmian w rejestrze i wpisaniu do niego na rzecz KUKLARETO dwóch samochodów do przewozu żywności.

W kontekście formułowanych przez odwołującego zarzuty dotyczące braku relewantnego do ustanowionego warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia, z uwagi na różne możliwości interpretacyjne sformułowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający może wykluczyć wykonawcę tylko gdy nie zostało wykazane spełnianie wymagań, które zostały wprost i precyzyjnie wyartykułowane w dokumentach zamówienia. Jakikolwiek niejasności czy brak precyzji w sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu nie mogą być - na etapie badania spełniania tych warunków - interpretowane w taki sposób, że nadaje im się bardziej restrykcyjne znaczenie, niż to wynika z ich literalnego brzmienia (KIO 2127/20). Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego z 4 lipca 2019r. wszelkie wątpliwości interpretacyjne powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy: Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy (sygn. akt IV CSK 363/18).

Podsumowując, KUKLARETO zdobywając doświadczenie wymagane przez zamawiającego działał w oparciu o

wydane przez PPIS decyzje administracyjne, a tym samym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W tym stanie rzeczy jego doświadczenie przedstawione w postępowaniu w pełni odpowiada ustanowionemu warunkowi udziału w postępowaniu.

Powyższe stanowisko potwierdza także przystępujący, który poświadcza, że zakład wykonawcy został zatwierdzony jako spełniający wymagania dla działalności opisanej art 61 Ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Spełnia również wymagania do prowadzenia działalności cateringowej. Uzyskanie decyzji zatwierdzającej zakład wykonawcy potwierdza jego zgodność z przepisami tak krajowymi, jak również unijnymi, w szczególności Rozporządzenie (WE) nr 853/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz.Urz.UE.L 2004 Nr 139). Również to Rozporządzenie nie różnicuje zakresu wymagań w zależności od tego, czy zakład ma świadczyć usługi cateringu. Szczegółowe oraz bardziej precyzyjne wymagania dotyczą wydawania żywności w opakowaniach jednostkowych i zbiorczych (Rozdział X Załącznika II do Rozporządzenia), zaś wymagania te zostały spełnione przez Wykonawcę. Brak jest w przepisach szczegółowych rozwiązań dotyczących wyłącznie działalności cateringowej, m.in. konieczności zapewnienia stanowiska ekspedycji dań gastronomicznych, pomieszczenia zmywalni pojemników transportowych, czy naczyń stołowych.

Zamawiający ponadto podniósł, że w specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej: swz, nie postawił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej lub gospodarczej. Zamawiający w swz sprecyzował tylko wymagania dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający nie żądał żadnego dokumentu dotyczącego uprawnień z rodzajów wskazanych w par. 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. W związku z powyższym odrzucenie oferty na podstawie przywołanych przez odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy byłoby możliwe wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający w swz postawiłby taki warunek udziału w postępowaniu oraz opisał sposób jego spełniania poprzez wskazanie właściwego podmiotowego środka dowodowego. Z powodu braku zapisów w swz dotyczących tego warunku zamawiający nie posiada żadnych podstaw do odrzucenia oferty na mocy art. 226 ust. 2 pkt 2 lit. b) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy w przypadku złożenia oferty, przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Na właściwą ocenę powyższych tez wskazuje także opinia zaczerpnięta z Komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający może, ale nie musi, określić warunki udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli zamawiający przewiduje warunki udziału w postępowaniu, określa je w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ lub OPW (zależnie od wartości i trybu udzielenia zamówienia). Jeżeli zamawiający określi warunki, musi zweryfikować ich spełnianie przez wykonawcę w oparciu o oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy, a także w oparciu o podmiotowe środki dowodowe wyszczególnione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający nie zgodził się również z zarzutem odwołującego, że oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy, który mówi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przytacza, że sytuacja, w której wykonawca składa ofertę dotyczącą usług, których w świetle prawa nie może świadczyć i powołuje się na doświadczenie zdobyte „bez uprawnień” powinna być zostać również oceniona w kontekście zasady zachowania uczciwej konkurencji wykonawców.

Wykonawca Kuklaresto M.K. na podstawie decyzji z dnia 15 lutego 2018 r., znak sprawy ZL/2018/01/1144/212 spełnia odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie: poszerzenia dotychczasowej działalności o możliwość dostarczania do klienta dań gastronomicznych przygotowanych w lokalu, w naczynia i opakowaniach jednorazowego użycia. Lokal wykonawcy Kuklaresto M.K. prowadzi działalność gospodarczą w sposób zgodny z wymogami prawa. Mimo, że zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej lub gospodarczej, wykonawca na dzień składania ofert posiadał uprawnienia do prowadzenia działalności, więc w tym przypadku nie możemy mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie zgadza się również ze zarzutem odwołującego, że oferta wykonawcy Kuklaresto zawiera rażąco niską cenę. Szacunkowa wartość zamówienia przed wszczęciem postępowania została ustalona na kwotę 683 885,14 zł netto co z podatkiem VAT daje kwotę 753 474,00 zł brutto. Dla usług cateringowych obowiązują dwie stawki VAT, 8% oraz 23%.

W przypadku usługi kompleksowej stosuje się stawkę podatku dla usługi gastronomicznej w postaci 8%, za wyjątkiem napoi, do których należy stosować stawkę VAT 23%. Dokładnie w ten sposób zamawiający ubruttowił wartość szacunkową zamówienia, dodając do pozycji zawierających napoje 23% VAT, natomiast do pozostałych pozycji — 8% VAT. Było to możliwe, ponieważ szacowanie wartości zamówienia odbyło się w oparciu o ceny jednostkowe poszczególnych pozycji menu (dokładnie ten sam formularz cenowy był załącznikiem do dokumentacji postępowania).

Ponadto przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, która wynosi 760 000,00 zł brutto. Kwota jaką zaoferował wykonawca Kuklaresto M.K. wynosi 547 345,00 zł brutto. Zgodnie z art. 226 ust. 2 pkt 1) ustawy w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z przytoczonym artykułem oferta wykonawcy nie kwalifikuje się do uznania jej za rażąco niską, a co za tym idzie do wezwania do wyjaśnienia jej ceny, gdyż jest o 27,35% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 12,32% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Dla porównania oferta odwołującego jest o 22,65% % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 6,64% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Zwracając uwagę na niewielkie różnice w cenie oferty między wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a ofertą odwołującego, zamawiający uznał zarzut za bezzasadny i nie zasługujący na uwzględnienie. Wobec powyższego zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z 27 marzec 2024 r. oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący cofnął zarzut nr 4 i zarzut ewentualny dotyczące zaniechań zamawiającego związanych z badaniem oferty uczestnika pod kątem rażąco niskiej ceny. Odwołujący złożył pismo procesowe z wnioskami dowodowymi, w którym podtrzymał swoje stanowisko w zakresie nie objętym wycofaniem.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego skierowanego do przystępującego i udzielonych przez przystępującego wyjaśnień, informacji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego udzielonej odwołującemu na skutek skierowanego zapytania, decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z 1 grudnia 2017, decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z 15 lutego 2018 r., zaświadczenia o dokonaniu zmian w rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej, pisma Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z 21 marca 2024 r., wykazu usług uczestnika i załączonych do niego referencji, wzoru umowy dotyczącej świadczenia usług cateringowych podczas spotkań o szczególnym znaczeniu i wysokiej randze na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w roku 2022 z prawem opcji w roku 2023, szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego świadczenia usług cateringowych podczas spotkań o szczególnym znaczeniu i wysokiej randze na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w roku 2022 z prawem opcji w roku 2023, informacji o wyniku postępowania znak OR-10.271.145.2012 na usługi cateringowe na potrzeby Kancelarii Prezydenta w 2013 roku, zawiadomienia o unieważnieniu czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzeniu tej czynności oraz ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej Polskiej Akademii Umiejętności, unieważnienia postępowania przez Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie na świadczenie kompleksowych usług cateringowych dla uczestników spotkań, konferencji, seminariów oraz uroczystości organizowanych przez Małopolski Urząd Wojewódzki.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z SWZ wynika, że:

4) Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest:

a) Realizacja usługi cateringowej, która polega na zapewnieniu kompleksowego świadczenia obejmującego: przygotowanie i dostarczenie potraw, serwowanie posiłków przez profesjonalną i kompetentną obsługę, zapewnienie stołów, odpowiedniej zastawy stołowej i szkła oraz dekoracji, w zależności od rodzaju spotkania oraz rangi gości, jak również uprzątnięcie po realizacji usługi.

b) Usługi cateringowe będą świadczone w ramach organizowanych przez Zamawiającego spotkań odbywających się w miejscach wskazanych przez Zamawiającego zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, we wskazanych terminach.

c) Spotkania, o których mowa w lit. b) mogą się odbywać jednocześnie w tym samym terminie, w kilku miejscach zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, w każdy dzień tygodnia.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) oraz warunki realizacji zamówienia zawarte są w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy - wzorze umowy i stanowią załącznik nr 1C do swz (zwane są dalej wzorem umowy).

3. Szacunkowa wartość zamówienia podstawowego wynosi 683 885,14 zł netto.

4. Zamawiający przewiduje w ramach niniejszego zamówienia możliwość skorzystania z prawa opcji.

5. Przedmiot umowy w ramach opcji może być realizowany do 12 miesięcy od dnia zakończenia zamówienia podstawowego lub do wyczerpania środków na sfinansowanie zamówienia w ramach opcji. Zamówienie w ramach prawa opcji wykonywane będzie na takich samych warunkach jak zamówienie podstawowe.

6. Szacunkowa wartość zamówienia objętego prawem opcji wynosi 683 885,14 zł netto.

7) Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz informacje o warunkach udziału w postępowaniu

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

3) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należytych wykonaniu (lub w wykonywaniu – w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych), w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch usług, odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usługom, stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usługom, stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się: usługę cateringową (przygotowywanie, dostarczanie i podawanie posiłków) realizowaną podczas spotkań, i/lub konferencji i/lub innych wydarzeń z udziałem gości wysokiej rangi, dyplomatów lub przedstawicieli sektora publicznego o wartości nie niższej niż 50 000,00 zł brutto.

Gdy jest mowa o gościach wysokiej rangi, dyplomatów lub przedstawicielach sektora publicznego, Zamawiający ma na myśli: głowy państw, przedstawicieli rządów państw, przedstawicieli korpusu dyplomatycznego, przedstawicieli regionów partnerskich Małopolski, przedstawicieli Komisji Europejskiej, wysokich rangą przedstawicieli instytucji unijnych, sieci i organizacji międzynarodowych, wysokich rangą przedstawicieli samorządu terytorialnego i przedstawicieli administracji rządowej, ekspertów, przedstawicieli świata nauki i biznesu z Polski i z zagranicy, wojewodów, osoby zajmujące wyższe stanowiska w służbie cywilnej.

Przez usługę Zamawiający rozumie jedną umowę/zamówienie/zlecenie.

Okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa powyżej, liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu.

8.1) Dokumenty i oświadczenia składane wraz z ofertą

1. Wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 3 do swz.

8.2) Podmiotowe środki dowodowe składane na wezwanie Zamawiającego

Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia:

10. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

a) wykazu 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 usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego 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.

Wykaz usług wykonanych stanowi załącznik nr 4 do swz.

☐ Okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa powyżej, liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu.

Z wzoru umowy wynika:

§ 1 PRZEDMIOT UMOWY

1. Przedmiotem umowy jest Świadczenie usług cateringowych podczas spotkań o szczególnym znaczeniu i wysokiej randze na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w roku 2024 z prawem opcji w roku 2025, zwanych w dalszej części umowy „usługami cateringowymi”.

2.Realizacja usługi cateringowej polega na zapewnieniu kompleksowego świadczenia obejmującego: przygotowanie i dostarczenie potraw, serwowanie posiłków przez profesjonalną i kompetentną obsługę, zapewnienie stołów, odpowiedniej zastawy stołowej i szkła oraz dekoracji w zależności od rodzaju spotkania i rangi gości, jak również uprzątnięcie po realizacji usługi.

3.Usługi cateringowe winny być świadczone w ramach organizowanych przez Zamawiającego spotkań odbywających się w miejscach wskazanych przez Zamawiającego zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, we wskazanych terminach. Usługi świadczone będą także podczas konferencji w Krynicy-Zdroju.

4.Spotkania, o których mowa w ust. 3, mogą się odbywać jednocześnie w tym samym terminie, w kilku miejscach zlokalizowanych na terenie Województwa Małopolskiego, w każdy dzień tygodnia.

5.Wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługi cateringowe na terenie i w obiektach wskazanych przez Zamawiającego, zgodnie z jednostkowymi zleceniami składanymi przez Zamawiającego, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do umowy.

§ 3

SPOSÓB REALIZACJI USŁUG CATERINGOWYCH, ZOBOWIĄZANIA I OŚWIADCZENIA WYKONAWCY

6.Wykonawca w ramach wykonywania przedmiotu niniejszej umowy jest zobowiązany przestrzegać zasad dobrej praktyki higienicznej, zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Z załącznika nr 3 do umowy SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (DALEJ ZWANY SOPZ) wynika:

Świadczenie usług cateringowych podczas spotkań o szczególnym znaczeniu i wysokiej randze na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego na rok 2024 z prawem opcji w roku 2025

I.Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

1.Przygotowanie posiłków.

a.Rodzaj serwowanych posiłków podczas każdego spotkania, wskazany zostanie w oparciu o menu zawarte w Formularzu cen jednostkowych, który stanowi załącznik nr 2 do umowy, na podstawie jednostkowych zleceń przekazywanych przez Zamawiającego na poszczególne spotkania, który stanowi załącznik nr 1 do umowy.

b.Każda zmiana w menu wymaga akceptacji Zamawiającego.

c.Do przygotowania posiłków winny być użyte produkty spełniające normy jakościowe produktów spożywczych, produkty żywnościowe winny być świeże, potrawy przyrządzane tego samego dnia, co świadczenie usługi, chyba, że spotkanie odbywa się w godzinach porannych i Zamawiający wyrazi zgodę na wcześniejsze przygotowanie potraw.

W przypadku produktów przetworzonych takich jak kawa, herbata, soki itp., winny one posiadać datę przydatności do spożycia wygasającą nie wcześniej niż po 5 miesiącach od terminu realizacji danego zlecenia jednostkowego.

d.W zakresie przechowywania i przygotowywania artykułów spożywczych winny być przestrzegane przepisy ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1448 z późn. zm.) oraz przepisy wykonawcze do tej ustawy.

e.Wykonawca winien posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności, tj. aktualne zezwolenie na sprzedaż alkoholu, stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia, w miejscu wskazanym przez Zamawiającego.

f.Bezwzględnie winny być zachowywane normy na składniki pokarmowe i produkty spożywcze określone przez Instytut Żywności i Żywienia.

g.Podczas przygotowywania i dostarczania posiłków winny być zachowane wymogi sanitarno-epidemiologiczne w zakresie personelu i warunków produkcji.

h.Posiłki winny być przygotowywane na najwyższym poziomie i standardzie, na bazie produktów najwyższej jakości i zgodnie z normami bezpieczeństwa określonymi w systemie HACCP.

i.Zamawiający zastrzega sobie możliwość kontroli miejsca produkcji pod względem wymogów Państwowej Inspekcji Sanitarnej i procedur HACCP oraz wglądu do dokumentów na etapie realizacji umowy.

II. Wymagania dotyczące świadczenia:

1.Usługi cateringowe będą świadczone na najwyższym poziomie, zgodnie postanowieniami umowy i obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

W trakcie otwarcia ofert złożone zostały oferty:

1Firma Usługowa „JIR” Spółka Cywilna A.P., D.N. 1 165 580,00 zł zamówienie podstawowe - 582 790,00 zł opcja 582 790,00 zł

2 Kuklaresto M.K. 1 094 690,00 zł zamówienie podstawowe 547 345,00 zł opcja 547 345,00 zł

3. Foodservice Investment Group Sp. z o.o. 1 335 550,00 zł zamówienie podstawowe 667 775,00 zł opcja 667 775,00 zł

4. Gastro serwis s.c. A.J., K.J. 1 397 930,00 zł zamówienie podstawowe 698 965zł opcja 698 965zł.

Z decyzji Znak sprawy: ZL/2017/11/789/3796 Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie wynika, że po zapoznaniu się z zebrany materiał dowodowy, w szczególności protokołem kontroli sanitarnej z dnia 30 listopada 2017 r., przeprowadzonej w restauracji „Vistula Port” zlokalizowanej w Krakowie, ul. Na Zakolu Wisły 12 B LU 2

zatwierdza zakład

Jako spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie: podawania do konsumpcji na miejscu oraz sprzedaży na wynos dań gastronomicznych przygotowywanych od surowca do gotowej potrawy (z użyciem jaj dostarczanych do zakładu po dezynfekcji), napojów ciepłych i zimnych, w tym napojów alkoholowych o zawartości alkoholu do 4,5% oraz piwa, napojów alkoholowych o zawartości alkoholu powyżej 4,5% do 18% z wyjątkiem piwa oraz alkoholi o zawartości alkoholu powyżej 18%, sprzedaży środków spożywczych pakowanych jednostkowo, a także sprzedaży detalicznej napojów alkoholowych o zawartości alkoholu do 4,5% oraz piwa, napojów alkoholowych o zawartości alkoholu powyżej 4,5% do 18% z wyjątkiem piwa oraz alkoholi o zawartości alkoholu powyżej 18%.

W dniu 20 listopada 2017 r. do Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Krakowie wpłynął wniosek p. Marcina Kukli prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Kuklaresto M.K., Łąka Dolna 142, 32-733 Trzciana o zatwierdzenie oraz wpis do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej restauracji „Vistula Port” zlokalizowanej w Krakowie, ul. Na Zakolu Wisły 12 B LU 2.

W związku z powyższym wnioskiem, w dniu 30 listopada 2017 r., przeprowadzona została kontrola stanu sanitarnego przez upoważnionych przedstawicieli Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie w ww. restauracji „Vistula Port” - na którą to okoliczność sporządzony został protokół kontroli nr HŻ.O-PG-422-28/2017/7938.

Przedmiotowa restauracja „Vistula Port” posiada opinię sanitarną Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z dnia 30 listopada 2017 r. znak: NZ-PG- 421-1625/17 potwierdzającą, że spełnia wymogi do prowadzenia działalności zgodnie z przeznaczeniem w zakresie wymagań dotyczących usytuowania lokalu, rozplanowania pomieszczeń i ich wyposażenia.

W związku z powyższym uznano, iż zakład spełnia wymogi określone w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady nr 852/2004/WE dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz. Urz. UE L 139 z 30 kwietnia 2004, str. 1 i nast.).

Z decyzji Znak sprawy: ZL/2018/01/1144/212 Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie wynika, że po zapoznaniu się z zebrany materiał dowodowy, w szczególności z protokołem kontroli sanitarnej z dnia 31 stycznia 2018 r. przeprowadzonej w restauracji „Vistula Port” zlokalizowanej w Krakowie, ul. Na Zakolu Wisły 12 B LU 2 zatwierdza zakład jako spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie: poszerzenia dotychczasowej działalności o możliwość dostarczania do klienta dań gastronomicznych przygotowanych w lokalu, w naczyniach i opakowaniach jednorazowego użycia.

Przedmiotowy zakład znajduje się pod nadzorem sanitarnym i prowadzi działalność na podstawie decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z dnia 1 grudnia 2017 r. znak: ZL/2017/11/789/3796 zatwierdzającej zakład w zakresie: podawania do konsumpcji na miejscu oraz sprzedaży na wynos dań gastronomicznych przygotowywanych od surowca do gotowej potrawy (z użyciem jaj dostarczanych do zakładu po dezynfekcji), napojów ciepłych i zimnych, w tym napojów alkoholowych o zawartości alkoholu do 4,5% oraz piwa, napojów alkoholowych o zawartości alkoholu powyżej 4,5% do 18% z wyjątkiem piwa oraz alkoholi o zawartości alkoholu powyżej 18%, sprzedaży środków spożywczych pakowanych jednostkowo, a także sprzedaży detalicznej napojów alkoholowych o zawartości alkoholu do 4,5% oraz piwa, napojów alkoholowych o zawartości alkoholu powyżej 4,5% do 18% z wyjątkiem piwa oraz alkoholi o zawartości alkoholu powyżej 18%.

W związku z powyższym wnioskiem w dniu 31 stycznia 2018 r. przeprowadzona została kontrola stanu sanitarnego przez upoważnionego przedstawiciela Państwowego

Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie w restauracji „Vistula Port” zlokalizowanej w Krakowie, ul. Na Zakolu Wisły 12 B LU 2 - na którą to okoliczność sporządzony został protokół kontroli nr HŻ.O-PG-430-28-1286/0606/2017/2018/509.

W trakcie kontroli sanitarnej ustalono, iż w celu poszerzenia dotychczasowej działalności w pomieszczeniu produkcyjnym zapewniono stanowisko ekspedycji dań gastronomicznych wyposażone w jednokomorowy zlewozmywak, pakowarkę do żywności, blat roboczy oraz zamykaną szafkę do przechowywania naczyń i opakowań jednorazowego użycia. Ponadto na zapleczu zapewniono regał do przechowywania pojemników termoizolacyjnych. Pojemniki termoizolacyjne będą myte w pomieszczeniu zmywania pojemników transportowych wyposażonym w jednokomorowy basen oraz umywalkę do mycia rąk. Zapewniono wystarczającą powierzchnię magazynową do przechowywania pojemników termoizolacyjnych i opakowań jednorazowego użycia wraz z sztućcami jednorazowego użycia. Dania pakowane będą do naczyń i opakowań jednorazowego użycia, a następnie transportowane w pojemnikach termoizolacyjnych do klienta przystosowanym środkiem transportu. Ponadto w trakcie kontroli sanitarnej stwierdzono, iż w przedmiotowym środku transportu kabina kierowcy została oddzielona od części załadunkowej, której powierzchnię zapewniono jako gładką, łatwo zmywalną. Przy wszystkich punktach wodnych zapewniono ciepłą i zimną wodę. Umywalki wyposażono w środki do higienicznego mycia i suszenia rąk. Pozostałe warunki higieniczno-sanitarne w zakładzie nie uległy zmianie.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 lit. c) rozporządzenia nr 882/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie kontroli urzędowych przeprowadzanych w celu sprawdzenia zgodności z prawem paszowym i żywnościowym oraz regułami dotyczącymi zdrowia zwierząt i dobrostanu zwierząt właściwy organ urzędowej kontroli żywności zatwierdza zakład do celów określonej działalności jedynie wtedy, gdy podmiot prowadzący przedsiębiorstwo żywnościowe wykazał, że spełnia odpowiednie wymagania prawa żywnościowego.

W związku z powyższym uznano, iż zakład spełnia wymogi określone w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady nr 852/2004/WE dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz. Urz. UE L 139 z 30 kwietnia 2004, str. 1 i nast.).

W odpowiedzi na pismo z 12 marca 2024 r. w załączeniu do tego pisma przystępujący przedłożył dokumenty (zaświadczenia) w postaci decyzji PPIS obejmujące świadczone przez niego usługi oraz protokół PPIS.

Jednocześnie wskazał, że w jego ocenie zaszły podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego w oparciu o art. 255 pkt 6 p.z.p. Postępowanie jest bowiem obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 4 (opis przedmiotu zamówienia) określono, że „Przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi cateringowej, która polega na zapewnieniu kompleksowego świadczenia obejmującego: przygotowanie i dostarczenie potraw, serwowanie posiłków przez profesjonalną i kompetentną obsługę, zapewnienie stołów, odpowiedniej zastawy stołowej i szkła oraz dekoracji, w zależności od rodzaju spotkania oraz rangi gości, jak również uprzątnięcie po realizacji usługi”.

Tymczasem, w polskim porządku prawnym brak jest definicji „usługi cateringowej”. Definicja taka występuje w prawie unijnym, mianowicie Rozporządzeniu Wykonawczym Rady (UE) nr 282/2011 z dnia 15 marca 2011 r. ustanawiającym środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej. Zgodnie z motywem (10) Preambuły do Rozporządzenia należy wyraźnie zdefiniować usługi restauracyjne i cateringowe, dokonać między nimi rozróżnienia i precyzyjnie określić odpowiednie traktowanie tych usług. I tak, zgodnie z art. 6 Rozporządzenia „usługi restauracyjne i cateringowe oznaczają usługi polegają na dostarczaniu gotowej lub niegotowej żywności lub napojów albo żywności lub napojów albo żywności i napojów, przeznaczonych do spożycia przez ludzi, wraz z odpowiednimi usługami wspomagającymi pozwalającymi na ich natychmiastowe spożycie. Dostarczanie żywności lub napojów lub żywności i napojów stanowi jedynie element większej całości, w której muszą przeważać usługi. Usługi restauracyjne polegają na świadczeniu takich usług w lokalu należącym do usługodawcy, podczas gdy usługi cateringowe polegają na świadczeniu takich usług poza lokalem usługodawcy. Za usługi cateringowe i restauracyjne w rozumieniu ust. 1 nie uznaje się dostawy gotowej lub niegotowej żywności lub napojów albo dostawy gotowej lub niegotowej żywności i napojów, wraz z ich transportem lub bez niego, ale bez żadnych innych usług wspomagających”.

W polskich ustawach brak jest podobnej definicji. O tym, że usługi cateringowe stanowią odrębną kategorię można wnioskować pośrednio z Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług 2008, na podstawie której opiera się klasyfikację produktów w ustawie VAT, gdzie pod kodem 56.21.1.19.0 sklasyfikowano „Usługi przygotowywania i dostarczania żywności dla odbiorców zewnętrznych (katering)”, a odrębnie pod grupą 56.1 „Usługi restauracji i pozostałych placówek gastronomicznych”. Usługi cateringu nie sklasyfikowano więc jako usługi gastronomicznej, a zupełnie odrębnie.

Usługa gastronomiczna, zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN, polega na przygotowaniu i podaniu posiłku w miejscu, w którym jest on przyrządzany, tj. w restauracji, czy innym lokalu. Natomiast catering oznacza usługę polegającą na przygotowywaniu i dostarczaniu na zamówienie gotowych potraw w miejsce wskazane przez zamawiającego lub na organizacji przyjęć.

Z wykładni językowej i celowościowej powyższych przepisów wynika więc, że charakterystyczną cechą działalności kateringowej jest dostarczanie produktów gastronomicznych do innych podmiotów. Podstawowa różnica między tymi dwoma kategoriami sprowadza się do stwierdzenia, że usługa gastronomiczna polega na świadczeniu usługi w restauracji (w pomieszczeniu będącym w posiadaniu podmiotu realizującego usługę), podczas gdy catering ma charakter dostarczenia na zamówienie gotowej potrawy do lokalizacji wskazanej przez zlecającego. Brak jest przy tym jakiegokolwiek doprecyzowania, że w zakres usługi cateringowej musi wejść zapewnienie odpowiedniej zastawy, w szczególności w postaci naczyń innych niż opakowania jednorazowe.

W szczególności takiego rodzaju rozróżnienia nie wprowadza Ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia wraz z przepisami wykonawczymi. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 maja 2007 r., Dz.U. 2007 Nr 106, poz. 730 w sprawie wzorów dokumentów dotyczących rejestracji i zatwierdzania zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej odwołuje się do Polskiej Klasyfikacji Działalności. Podklasa 56.21.Z obejmuje przygotowywanie i dostarczanie żywności świadczone w oparciu o zawartą z klientem umowę, na określone uroczystości do miejsc przez niego wyznaczonych, przygotowywanie i dostarczanie żywności dla odbiorców zewnętrznych (katering). Również w tym wypadku nie ma odniesienia do sposobu serwowania

żywności, tj. czy żywność może być serwowana w pojemnikach jednorazowych, czy z wykorzystaniem innego rodzaju zastawy.

W świetle powyższych norm prawnych działalność prowadzona przez Kuklaresto M.K. na podstawie decyzji z dnia 15 lutego 2018 r., znak sprawy ZL/2018/01/1144/212 spełnia warunki do uznania jej za działalność cateringową. Sprzedaż na wynos dań przygotowanych w lokalu, nawet w naczyniach i opakowaniach jednorazowego użycia, wypełnia definicję działalności cateringowej zarówno w myśl przepisów prawa unijnego, jak też wewnętrznego.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest jakichkolwiek informacji, że wykonawca ma obowiązek uzyskania zatwierdzenia działalności polegającej na: „wydawaniu jednostkowo i wieloporcjowo na półmiskach i naczyniach metalowych, porcelanowych, szklanych wielokrotnego użycia oraz w podgrzewanych, np. elektrycznych przy użyciu zastawy metalowej, porcelanowej, szklanej, itp.)”. Ma to znaczenie o tyle istotne, że zamawiający w punkcie 7.2. SIWZ dopuścił wykonanie usługi przy pomocy podwykonawców, którzy są w stanie zapewnić wykonanie tej części usługi poprzez wypożyczenie niezbędnej zastawy.

W świetle powyższego w mojej ocenie nie jest możliwe wykonanie zamówienia publicznego bez jednoznacznego określenia w dokumentacji przetargowej, jakiego rodzaju dokumentami powinien legitymować się wykonawca usługi. Skoro zachodzi ryzyko nieważności podpisanej umowy, kwestia ta powinna być jednoznacznie rozstrzygnięta poprzez zmianę dokumentacji przetargowej i wskazanie, czy wystarczające dla zamawiającego jest uzyskanie przez wykonawcę zatwierdzenia działalności polegającej na „sprzedaży na wynos dań przygotowanych w lokalu (...)” — co spełnia wymagania dla działalności cateringowej, przy jednoczesnej realizacji części zamówienia przez podwykonawcę, czy też wykonawca powinien uzyskać zatwierdzenie działalności polegającej na wydawaniu żywności w półmiskach i naczyniach. Brak takiego precyzyjnego zapisu powoduje, że zapisy specyfikacji są niejasne i dają możliwość przyjęcia, że świadczenie usługi objętej zamówieniem może być realizowane przez wykonawcę, który posiada stosowne decyzję uprawniającą do dostarczania do klienta dań gastronomicznych przygotowanych w lokalu w naczyniach i opakowaniach jednorazowego użycia, przy jednoczesnym dodatkowym zapewnieniu przez niego „stołów, odpowiedniej zastawy stołowej i szkła oraz dekoracji, w zależności od rodzaju spotkania oraz rangi gości, jak również uprzątnięcie po realizacji usług.”. Uwzględniając takie określenie przedmiotu zamówienia oraz zapisy umowy i załącznika nr 3, przewidujące odrębnie wymagania dla przygotowania posiłków, ich dostawy, a przede wszystkim również zapewnienia stołów i wystroju, oraz osobno zapewnienia osobnej zastawy i sprzętu, należy przyjąć, że zamawiający nie przewidywał wymogu, aby posiłki były przygotowywane i dostarczane wyłącznie jako świadczenie usług cateringowych, a tym samym w pełni zasadne jest uznanie, że wykonawca będzie mógł dostarczać do zamawiającego dania gastronomiczne przygotowane w lokalu, w naczyniach i opakowaniach jednorazowego użycia, a następnie w miejscu świadczenia usługi serwowania ich na osobno dostarczonych zastawach i sprzęcie (którym wykonawca dysponuje na podstawie stosunku zobowiązaniowego wraz z jednoczesnym zapewnieniem spełniania wymaganych norm i warunków sanitarnohigienicznych dla nich).

Wskazał, że niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania. Pogląd ten został wyrażony m.in. w wyrokach KIO: z 25 września 2017 r. (KIO 1869/17), z 4 sierpnia 2017 r. (KIO 1507/17), z 11 czerwca 2021 r. (KIO 1343/21) oraz z 18 lipca 2022 r. (KIO 1623/22).

W dniu 21 marca 2024 r. Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny (PPIS) w Krakowie, w odpowiedzi na pismo z dnia 15 marca 2024 r. znak: KZ-VII.272.1.2024 przesłane przez Małopolskiego Państwowego Inspektora Sanitarnego w dniu 20 marca 2024 r. informuje, że w dniu 19 marca 2024 r. PPIS w Krakowie wydał decyzję administracyjną znak: HŻ.O.9025.3.276.2024 zatwierdzającą zakład: restauracja „Vistula Port” zlokalizowana w Krakowie, ul. Na Zakolu Wisły 12B LU 2 prowadzona przez p. Marcina Kukła pod firmą: KUKLARESTO M.K., Łąka Dolna 142, Łąka Dolna 32-733, jał spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie poszerzenia dotychczasowej działalności o możliwość prowadzenia działalności cateringowej do odbiorców zewnętrznych. Podczas kontroli sanitarnej poprzedzającej wydanie decyzji administracyjnej ustalono, że w zakładzie zapewniono stanowisko ekspedycji dań gastronomicznych, pomieszczenie zmywalni pojemników transportowych, a także pomieszczenie zmywalni naczyń stołowych.

Dodatkowo przedsiębiorca posiada 7 przystosowanych środków transportu do przewozu środków spożywczych pakowanych jednostkowo niewymagających chłodzenia oraz do przewozu dań i napojów do klienta w czasie zapewniającym dostawę do miejsca przeznaczenia w takim stanie, aby nie została naruszona ich jakość zdrowotna.

Pozostałe kwestie opisane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3 do umowy), są uzależnione od stopnia organizacji pracy przedsiębiorcy i nie warunkują wydania zatwierdzenia na działalność cateringową.

Z zaświadczenia o dokonaniu zmian w rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej z dnia 8 czerwca 2021 wynika, że dokonano wpisu środka transportu marki Volkswagen Transporter o nr rej. KBC 43883 i Citroen C2 o nr rej. KBC 34762 do przewozu środków spożywczych pakowanych jednostkowo nie wymagających chłodzenia oraz do przewozu dań i napojów w czasie zapewniającym dostawę do miejsca

przeznaczenia w takim stanie, by nie została naruszona ich jakość zdrowotna.

Z pisma Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z 21 marca 2024 r. wynika, że w dniu 19 marca 2024 r. PPIS w Krakowie wydał decyzję administracyjną znak HŻ.O.9025.3.276.2024 zatwierdzającą zakład : restauracja „Vistula Port” prowadzoną przez uczestnika jako spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie poszerzania działalności o możliwość prowadzenia działalności cateringowej do odbiorców zewnętrznych. Podczas kontroli ustalono, że w zakładzie zapewniono stanowisko ekspedycji dań gastronomicznych, pomieszczenie zmywalni pojemników transportowych a także pomieszczenie zmywalni naczyń stołowych. Dodatkowo przedsiębiorca posiada 7 przystosowanych środków transportu do przewozu środków spożywczych pakowanych jednostkowo nie wymagających chłodzenia oraz do przewozu dań i napojów w czasie zapewniającym dostawę do miejsca przeznaczenia w takim stanie, by nie została naruszona ich jakość zdrowotna. Pozostałe kwestie opisane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3 do umowy) są uzależnione od stopnia organizacji pracy przedsiębiorcy i nie warunkują wydania zatwierdzenia na działalność cateringową.

Z wykazu usług uczestnika i załączonych do niego referencji wynika, że uczestnik oświadczył, że wykazywane doświadczenie jest doświadczeniem polegającym na wykonaniu usługi cateringowej (przygotowania, dostarczania i podawania posiłków) dla Archidiecezji Krakowskiej 20 maja 2023 o wartości 85 320zł., i na rzecz Województwa Małopolskiego w dniu 10 czerwca 2022 o wartości 65 550zł. Z obu załączonych referencji wynika, że wystawcy potwierdzili wykonanie usługi cateringowej z należytą starannością.

Izba pominęła wykaz osób uczestnika, bo nie wskazano tezy dowodowej której wykazaniu miałby służyć.

Z wzoru umowy dotyczącej świadczenia usług cateringowych podczas spotkań o szczególnym znaczeniu i wysokiej randze na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w roku 2022 z prawem opcji w roku 2023 wynika, że realizacja usługi cateringowej polegała na zapewnieniu kompleksowego świadczenia obejmującego: przygotowanie i dostarczanie potraw, serwowanie posiłków przez profesjonalną i kompetentną obsługę, zapewnienie stołów, odpowiedniej zastawy stołowej i szkła oraz dekoracji w zależności pod rodzaju spotkania, rangi gości, jak również uprzątnięcie po realizacji usługi. Wykonawca miał przestrzegać zasad dobrej praktyki higienicznej zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego świadczenia usług cateringowych podczas spotkań o szczególnym znaczeniu i wysokiej randze na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w roku 2022 z prawem opcji w roku 2023 wynika, że realizacja usługi cateringowej polegała na zapewnieniu kompleksowego świadczenia obejmującego: przygotowanie i dostarczanie potraw, serwowanie posiłków przez profesjonalną i kompetentną obsługę, zapewnienie stołów, odpowiedniej zastawy stołowej i szkła oraz dekoracji w zależności pod rodzaju spotkania, rangi gości, jak również uprzątnięcie po realizacji usługi. Wykonawca powinien posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności tj. aktualne zezwolenie na sprzedaż alkoholu stanowiącego przedmiot zamówienia w miejscu wskazanym przez zamawiającego. Zamawiający zastrzegał sobie możliwość kontroli miejsca produkcji pod względem wymogów Państwowej Inspekcji Sanitarnej i procedur HACCP oraz wglądu do dokumentów na etapie realizacji umowy. . Przez zastawę stołową zamawiający rozumiał m. in. zastawę stołową z materiału wysokiej jakości (takiego jak porcelana, porcelit, kryształ, szkło) bez napisów, użyta zastawa winna być czysta i nieuszkodzona. Sztucce powinny być wykonane ze stali nierdzewnej. Usługi cateringowe powinny być świadczone na najwyższym poziomie zgodnie z postanowieniami umowy i obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

Z informacji o wyniku postępowania znak OR-10.271.145.2012 na usługi cateringowe na potrzeby Kancelarii Prezydenta w 2013 roku, że Urząd Miasta Krakowa wykluczył z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w zakresie posiadanych uprawnień, bowiem nie przedstawił zaświadczenia pozwalającego na prowadzenie działalności cateringowej oraz nie wykazał się zezwoleniem na sprzedaż i podawanie napojów alkoholowych w miejscach innych niż lokal restauracji, przy czym ten stan faktyczny nie odpowiada stanowi faktycznemu tej sprawy, bowiem w tym postępowaniu zamawiający nie postawił warunku w zakresie wymaganych uprawnień.

Z zawiadomienia o unieważnieniu czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzeniu tej czynności oraz ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej Polskiej Akademii Umiejętności wynika, że ten zamawiający wykluczył wykonawcę, który w ocenie zamawiającego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w wykazie usług zawarł usługę cateringową, którą wykonał nie mając odpowiedniej decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającej jego zakład jako zakład świadczący usługi cateringowe. PAU podkreślił, że przez należyte wykonanie usług należy rozumieć jedynie takie ich wykonanie, które odbyło się zgodnie z obowiązującym prawem.

Z unieważnienia postępowania przez Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie na świadczenie kompleksowych usług cateringowych dla uczestników spotkań, konferencji, seminariów oraz uroczystości organizowanych przez Małopolski Urząd Wojewódzki Umiejętności wynika, że ten zamawiający wykluczył wykonawcę, który w ocenie zamawiającego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w wykazie usług zawarł usługę cateringową, której nie

wykonał przez okres co najmniej 1 roku, gdyż część wskazanego przez wykonawcę okresu przypadała na okres, kiedy nie miał on odpowiedniej decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającej jego zakład jako zakład świadczący usługi cateringowe.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła Marcina Kukła w charakterze uczestnika postępowania.

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

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji gdy pozostawała ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 61 i art. 62 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z następujących względów:

Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy w dacie składania ofert dysponowali decyzją Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającą zakład uczestnika do prowadzenia działalności cateringowej. Zamawiający nie postawił warunku posiadania uprawnień zawodowych, który wykonawca musiałby spełniać w dacie składania ofert. Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia wymagał, aby usługa na jego rzecz była świadczona zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Izba przeanalizował stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz obowiązujące przepisy prawa na poziomie prawa unijnego i prawa krajowego i doszła do następujących wniosków:

Z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady WE nr 852/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz. Urz. UE L 139 z 30.04.2004, str.1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 34, str. 319) motyw (19) wynika, że niezbędna jest rejestracja zakładów oraz współpraca przedsiębiorstw sektora spożywczego w celu umożliwienia właściwym organom skutecznego przeprowadzania urzędowych kontroli. To rozporządzenie ma zastosowanie w odniesieniu do wszystkich etapów produkcji, przetwarzania i dystrybucji żywności oraz do wywozu, bez uszczerbku dla bardziej szczegółowych wymogów odnoszących się do higieny żywności

Zgodnie z artykuł 2 lit. m) „przetwarzanie” oznacza każde działanie, które znacznie zmienia produkt wyjściowy, w tym ogrzewanie, wędzenie, solenie, dojrzewanie, suszenie, marynowanie, ekstrakcję, wyciskanie lub połączenie tych procesów.

Z kolei z artykuł 6 Kontrole urzędowe, rejestracja i zatwierdzenie ust. 2 wynika, że w szczególności, każde przedsiębiorstwo sektora spożywczego powiadamia właściwy organ, w sposób, jakiego wymaga ten ostatni, o każdym przedsiębiorstwie pod jego kontrolą, które uczestniczy w jakimkolwiek z etapów produkcji, przetwarzania i dystrybucji żywności. w celu rejestracji każdego z takich przedsiębiorstw.

Przedsiębiorstwa sektora spożywczego zapewniają również, że właściwy organ zawsze posiada aktualne informacje na temat zakładów, w tym poprzez powiadamianie o każdej istotnej zmianie w działalności i o każdym zamknięciu istniejącego zakładu

Akapit 2 ust. 2 art. 6 rozporządzenia określa w ocenie Izby cel funkcjonowania systemu rejestracji przedsiębiorstw sektora spożywczego, jakim jest to aby właściwe krajowe organy kontroli dysponowały w każdym czasie aktualnymi danymi dotyczącymi sposobu postępowania z produktem spożywczym. Tym samym każda planowana istotna zmiana tego sposobu postępowania wymaga złożenia we właściwym organie wniosku o rejestrację. Przez zmianę istotną należy rozumieć odmienny od dotychczasowego sposób postępowania z żywnością, który może wpływać na bezpieczeństwo sanitarne konsumentów. Istotą bowiem reglamentacji przedsiębiorstw sektora spożywczego jest ochrona konsumentów rynku unijnego przed żywnością nie spełniającą określonych norm lub mogącą stanowić zagrożenie dla życia i zdrowia konsumenta. Zgodnie z art. 61 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia Państwowy powiatowy inspektor sanitarny lub państwowy graniczny inspektor sanitarny są organami właściwymi w sprawach rejestracji oraz zatwierdzania, warunkowego zatwierdzania, przedłużania warunkowego zatwierdzenia, zawieszania oraz cofania zatwierdzenia zakładów, które:

- 1) produkują lub wprowadzają do obrotu żywność pochodzenia niezwierzęcego,
- 2) wprowadzają do obrotu produkty pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej,
- 3) produkują lub wprowadzają do obrotu żywność zawierającą jednocześnie środki spożywcze pochodzenia niezwierzęcego i produkty pochodzenia zwierzęcego, o której mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 853/2004, z wyłączeniem zakładów prowadzących rolniczy handel detaliczny, z zastrzeżeniem art. 73 ust. 6,
- 4) działają na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością, w tym zakładów prowadzonych przez podmioty zajmujące się recyklingiem

- w trybie i na zasadach określonych w rozporządzeniu nr 852/2004 i rozporządzeniu nr 882/2004.

Przedsiębiorcy prowadzący produkcję lub obrót żywnością są zobowiązani do przestrzegania nie tylko powołanych wyżej

przepisów, ale także rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności, który wprowadził szereg definicji w art. 3 m. in.

3. "podmiot prowadzący przedsiębiorstwo spożywcze" oznacza osoby fizyczne lub prawne odpowiedzialne za spełnienie wymogów prawa żywnościowego w przedsiębiorstwie spożywczym pozostającym pod ich kontrolą;

7. "handel detaliczny" oznacza obsługę i/lub przetwarzanie żywności i jej przechowywanie w punkcie sprzedaży lub w punkcie dostaw dla konsumenta finalnego; określenie to obejmuje terminale dystrybucyjne, działalność cateringową, stołówki zakładowe, catering instytucjonalny, restauracje i podobne działania związane z usługami żywnościowymi, sklepy, centra dystrybucji w supermarketach i hurtownie;

16. "etapy produkcji, przetwarzania i dystrybucji" oznacza jakiegokolwiek etap, w tym przywóz, poczynawszy od produkcji podstawowej żywności, aż do uwzględnienia jej przechowywania, transportu, sprzedaży lub dostarczenia konsumentowi finalnemu oraz tam gdzie jest to stosowne - przywóz, produkcję, wytwarzanie, składowanie, transport, dystrybucję, sprzedaż i dostawy pasz;

18. "konsument finalny" oznacza ostatecznego konsumenta środka spożywczego, który nie wykorzystuje żywności w ramach działalności przedsiębiorstwa spożywczego.

Z tych definicji wynika, że uczestnik jest podmiotem prowadzącym przedsiębiorstwo spożywcze, prowadzi handel detaliczny i posiada decyzje zatwierdzające jego obiekt i obiekty ruchome z przeznaczeniem na handel detaliczny w zakresie restauracji i podobnych działań związanych z usługami żywnościowymi. Natomiast ustawodawca unijny rozdziela działalność detaliczną w formie restauracji i podobnych działań związanych z usługami żywnościowymi (w przypadku uczestnika są to zatwierdzone prowadzenie żywienia na wynos i dostarczania w jednorazowych opakowaniach), od działalności cateringowej i cateringu instytucjonalnego. Jeśli ustawodawca unijny nie definiuje specjalnie tych pojęć, to należy je rozumieć w świetle wykładni językowej, a więc jako usługi żywienia świadczone w miejscu wskazanym przez konsumenta. Takie rozumienie usługi cateringowej odpowiada przywołanej przez uczestnika klasyfikacji PKWiU, co więcej wpisuje się w opis przedmiotu zamówienia poczyniony przez zamawiającego w załączniku do wzoru umowy. Zamawiający bowiem nie tylko opisuje swoje wymagania, co do przygotowania posiłków i ich dostawy, ale głównie skupia się na obsłudze jego gości przy serwowaniu posiłków w miejscu wskazanym przez zamawiającego, a więc poza siedzibą zatwierdzonego w decyzjach lokalu uczestnika. Należy dostrzec, że inne zagrożenia sanitarno-epidemiologiczne generuje przygotowanie posiłków i ich dystrybucja w lokalu do tego przystosowanym i zatwierdzonym przez PPIS, nawet przy przygotowaniu dań na wynos, które jednak odbierane są przez klienta w lokalu i po przekazaniu w ręce klienta ryzyko niewłaściwego postępowania z żywnością przechodzi na klienta, inne kiedy są one dodatkowo dowożone w pojemnikach jednorazowych, kiedy istotne jest zatwierdzenie także pojazdów do transportu żywności oraz zapewnienie właściwego postępowania przy pakowaniu żywności w jednorazowe pojemniki, jeszcze inaczej wygląda to zagrożenie, kiedy żywność jest przygotowywana w lokalu przewożona w pojemnikach zbiorowych i dostarczana konsumentowi w zewnętrznym miejscu, gdzie także może być dodatkowo przetwarzana choćby przez podgrzanie. Sam proces wyserwowania żywności od momentu opuszczenia pojazdu do momentu skorzystania żywności przez konsumenta w innym miejscu niż lokal uczestnika może wpływać na jakość i przydatność potraw, choćby biorąc pod uwagę czas ekspozycji na warunki zewnętrzne. Tym samym w ocenie Izby rację należy przyznać odwołującemu, że w przypadku istotnej zmiany działalności przedsiębiorcy sektora spożywczego jest on zobowiązany złożenia wniosku o poszerzenie działalności i do uzyskania dodatkowej decyzji zatwierdzającej. Zgodnie z art. 64 ww. ustawy wniosek o rejestrację i zatwierdzenie należy złożyć co najmniej 14 dni przed dniem rozpoczęcia planowanej działalności. Prowadzenie działalności bez wymaganego zatwierdzenia jest wykroczeniem.

Wykroczenie z art. 100 ust. 1 pkt 16 BezpŻywnU zostaje popełnione z chwilą podjęcia jakiejkolwiek aktywności związanej z produkcją lub obrotem materiałami i wyrobami przeznaczonymi do kontaktu z żywnością, w tym materiałami i wyrobami z tworzyw sztucznych pochodzącymi z recyklingu, bez złożenia wniosku o wpis do rejestru prowadzonego przez właściwego ze względu na siedzibę zakładu lub miejsce prowadzenia przez zakład działalności państwowy powiatowy inspektor sanitarny lub państwowy graniczny inspektor sanitarny (art. 62 BezpŻywnU). Zauważyć należy, że zgodnie z art. 63 ust. 1 BezpŻywnU zakłady mogą rozpocząć działalność po zatwierdzeniu lub warunkowym zatwierdzeniu, względnie po uzyskaniu wpisu do rejestru zakładów, co dotyczy podmiotów wymienionych w art. 63 ust. 2 BezpŻywnU.

Każde przekształcenie lub rozszerzenie działalności powinno być zgłoszone państwowemu powiatowemu inspektorowi sanitarnemu, który w stosownych przypadkach wydaje decyzję zatwierdzającą nowy profil działalności zakładu. Zatwierdzenie takie jest wymagane również w przypadku zmiany lub rozszerzenia form sprzedaży środków spożywczych. Zmiana zakresu działalności jest możliwa dopiero po uzyskaniu przez przedsiębiorcę zatwierdzenia zakładu, w odniesieniu do zamierzonej nowej działalności, wydanego przez właściwego terenowo państwowego

powiatowego inspektora sanitarnego.

Mając na uwadze te wszystkie okoliczności Izba doszła do przekonania, że do dnia 19 marca 2024 r. uczestnik nie mógł zgodnie z prawem świadczyć usługi cateringowej na rzecz zamawiającego. Jednakże, to w ocenie Izby nie oznacza, że oferta jego powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy, bowiem zamawiający wymagał, aby umowa była świadczona zgodnie z przepisami prawa, natomiast nie wymagał, aby ofertę złożył wykonawca, który już w dacie składania ofert dysponował uprawnieniem do świadczenia usługi cateringowej. Przedsiębiorca sektora spożywczego powinien złożyć wniosek o rejestrację i zatwierdzenie na 14 dni przed planowanym terminie świadczenia usługi, tym samym istotne jest to, czy uzyskując w dniu 19 marca 2024 r. właściwą decyzję może świadczyć dla zamawiającego umowę zgodnie z prawem. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Skoro przed przystąpieniem do świadczenia usługi uczestnik uzyskał wymagane uprawnienie, to usługa przez niego świadczona będzie usługą zgodną z prawem, zatem nie ma podstaw do stwierdzenia nieważności oferty. W konsekwencji zarzut należało uznać za nietrafny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 2b ustawy publicznych, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KUKLARESTO i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę mimo bezsprzecznego ustalenia, że doświadczenie wykazywane przez tego wykonawcę w postępowaniu zostało nabyte w okolicznościach braku wymaganego zezwolenia na prowadzenie działalności cateringowej

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby uczestnik nie wykazał, że należycie wykonał dwie usługi cateringowe polegające na przygotowywaniu, dostarczaniu i podawaniu posiłków realizowane podczas spotkań, i/lub konferencji i/lub innych wydarzeń z udziałem gości. Opisany warunek bowiem nie zawężał doświadczenia zawodowego wykonawcy wyłącznie do świadczenia usługi w restauracji ani dowozu do konsumenta w jednorazowych opakowaniach. Przeciwnie ten warunek wprost wykazywał na konieczność wykazania się doświadczeniem w podawaniu posiłków realizowane podczas spotkań, i/lub konferencji i/lub innych wydarzeń z udziałem gości, a więc serwowania posiłków u klienta zewnętrznego. Tym zaś doświadczeniem uczestnik nie mógł się wykazać nie posiadając przed 19 marca 2024 r. decyzji zatwierdzającej taki zakres prowadzonej działalności. Izba oparła się w tym zakresie na piśmie z dnia 5 marca 2024 r., której Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny (PPIS) w Krakowie wprost stwierdza, że uczestnik prowadzi działalność na podstawie decyzji PPIS w Krakowie z dnia 1 grudnia 2017 r. znak: ZL/2017/11/789/3796 oraz decyzji PPIS w Krakowie z dnia 15 lutego 2018 r., których zakres nie obejmuje świadczenia usług cateringowych min. „do wydawania jednostkowo i wieloporcjowo na półmiskach i w naczyniach metalowych, porcelanowych, szklanych wielokrotnego użycia oraz w podgrzewanych np.: elektrycznych przy użyciu zastawy metalowej, porcelanowej, szklanej, itp”. W postępowaniu w sprawie zatwierdzenia, w wyniku którego została wydana decyzja z dnia 15 lutego 2018 r. znak sprawy ZL/2018/01/1144/212, mając na uwadze jej zakres, nie oceniano warunków do świadczenia usług cateringowych.

Organ wprost mówi, że warunkiem świadczenia usług cateringowych nie jest wyłącznie dysponowanie warunkami technicznymi, ale złożenie wniosku o zatwierdzenie i wpis do rejestru, oraz uzyskanie decyzji w tym zakresie. Organ podkreślił jednoznacznie, że na podstawie wymienionej w pkt 1 decyzji PPIS w Krakowie zakres prowadzonej działalności w restauracji „Vistula Port” zlokalizowanej w Krakowie, ul. Na Zakolu Wisły 12B LU 2 nie obejmuje świadczenia usług cateringowych. Z pisma PPIS z 21 marca 2024 r. wynika, że dopiero od 19 marca 2024 r. uczestnik może prowadzić działalność w poszerzonym o usługi cateringowe zakresie. Przechodząc zatem do badania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, Izba doszła do przekonania, że odwołujący nie wykazał w jaki sposób była świadczona usługa na rzecz Archidiecezji Krakowskiej, w szczególności nie wiadomo, czy przedmiotem usługi była obsługa konsumentów w lokalu zewnętrznym inna niż dostawa posiłków w jednorazowych pojemnikach. Brak jest bowiem umowy zawartej pomiędzy uczestnikiem, a zlecającym, ani jakiegokolwiek dokumentu określającego warunki świadczenia usługi. W ocenie Izby oznacza to, że nie można jednoznacznie ocenić, że usługa ta została wykonana nienależycie, czy też obejmowała zakres przedmiotowy wykraczający poza posiadane przez uczestnika decyzje.

Przeciwnie sytuacja wygląda w odniesieniu do usługi wykonywanej na rzecz Województwa Małopolskiego. Tam wyraźnie zamawiający wymagał, aby usługa była świadczona zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Usługa ta obejmowała świadczenie usługi w postaci serwowania posiłków u klienta zewnętrznego, co wprost wynika z dostarczonego przez odwołującego wzoru umowy i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. W dacie jej świadczenia tj. w dniu 10 czerwca 2022 r. uczestnik nie dysponował decyzją zatwierdzającą, na mocy której mógł świadczyć usługę cateringową. Tym samym usługa została wykonana niezgodnie z obowiązującym prawem, co więcej jej świadczenie mogło być oceniane jako wykroczenie w świetle art. 100 ust. 1 pkt 16 BezpZywnU. W tym miejscu Izba w całości podziela stanowisko Polskiej Akademii Umiejętności wyrażone w zawiadomieniu o unieważnieniu czynności z dnia 4 marca 2013 r. Ten zamawiający słusznie wskazał, że „przez należyte wykonanie usług należy rozumieć jedynie takie ich wykonanie, które odbyło się zgodnie z obowiązującym prawem, co oznacza, że wykonawca w czasie wykonywania usług musiał posiadać wszelkie wymagane uprawnienia. W realiach niniejszego postępowania przez należyte wykonanie usług

należało rozumieć wykonanie ich przez podmiot, którego zakład został zatwierdzony jako zakład świadczący usługi cateringowe w drodze odpowiedniej decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego". Izba w pełni podziela ten pogląd i uznaje go za własny. Tym samym oceniając wystawioną przez Województwo Małopolskie referencję, Izba doszła do przekonania, że w wbrew jej literalnemu brzmieniu nie potwierdza ona należytego wykonania usługi. Skoro zamawiający wymagał wykonania usługi zgodnie z obowiązującym prawem, a uczestnik ją wykonał nie mając zatwierdzenia właściwego organu, czyli wbrew obowiązującemu prawu, to nie wykonał jej w sposób należyty. Odwołujący wskazywał na brak możliwości wykazania innego doświadczenia na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, w tym na brak możliwości zmiany oświadczenia o samodzielnym wykonaniu usługi w celu skorzystania z zasobów innego podmiotu. W ocenie Izby ta argumentacja była zbędna, bowiem art. 128 ust. 1 ustawy nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca złożył kompletne i niezawierające błędów podmiotowe środki dowodowe, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeśli podmiotowe środki zostały złożone, są kompletne i nie zawierają błędów, ale wynika z nich, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to wówczas zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania i odrzucić jego ofertę. Dodatkowo należy zauważyć, że uczestnik twierdził, że w ramach usług wykazanych w wykazie przedstawił usługi spełniające warunki zamawiającego i nie podnosił, że jakieś elementy zawarte czy to w wykazie czy w referencjach zostały podane błędnie, czy w sposób niekompletny. Tym samym nie było podstaw do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy.

W konsekwencji Izba uznała zarzut odwołującego za uzasadniony i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie uczestnika z postępowania i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KUKLARESTO mimo że oferta ta została przez wykonawcę złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący jako podstawę czynu nieuczciwej konkurencji wskazał art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211 tj. z dnia 13 maja 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) ze zm.), który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zagrożenia upatrywał w tym, że wykonawca nie posiadający wpisu do rejestru PPIS nie ponosi kosztów dostosowania lokalu i urządzeń do wymogów świadczenia usługi i przez to może oferować niższe ceny zagrażając interesom innych przedsiębiorców. W ocenie Izby zarzut ten nie został udowodniony. Przede wszystkim z pisma PPIS z 5 marca 2024 r. nie wynika, że uczestnik nie zorganizował swojej działalności w sposób wymagany dla świadczenia usług cateringowych, wnika jedynie, że nie zgłosił zamiaru prowadzenia działalności w tym zakresie i nie uzyskał wpisu do właściwego rejestru. Co więcej z pisma PPIS z 21 marca 2024 r. wynika, że w dniu 19 marca 2024 r. PPIS w Krakowie wydał decyzję administracyjną znak HŻ.O.9025.3.276.2024 zatwierdzającą zakład : restauracja „Vistula Port” prowadzoną przez uczestnika jako spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie poszerzania działalności o możliwość prowadzenia działalności cateringowej do odbiorców zewnętrznych. Podczas kontroli ustalono, że w zakładzie zapewniono stanowisko ekspedycji dań gastronomicznych, pomieszczenie zmywalni pojemników transportowych a także pomieszczenie zmywalni naczyń stołowych. Dodatkowo przedsiębiorca posiada 7 przystosowanych środków transportu do przewozu środków spożywczych pakowanych jednostkowo nie wymagających chłodzenia oraz do przewozu dań i napojów w czasie zapewniającym dostawę do miejsca przeznaczenia w takim stanie, by nie została naruszona ich jakość zdrowotna. Te same okoliczności poza ilością dostosowanych pojazdów były wskazane w decyzji PPIS z 2018 r. Tym samym to, że uczestnik nie poniósł kosztów dostosowania swojego zakładu do wymogów świadczenia usługi, nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Ponadto w ocenie Izby odwołujący nie wykazał świadomego działania uczestnika w sposób sprzeczny z prawem w celu eliminacji konkurencji. W ocenie Izby wynika, że uczestnik do czasu wezwania go przez zamawiającego do wyjaśnień nie miał świadomości tego, że dla usług cateringowych wymagany jest osobny wniosek do PPIS. Świadczy o tym fakt, że uczestnik uważał, że skoro nic się nie zmienia w organizacji jego zakładu, to nie musi o taki wpis występować. To założenie jest oczywiście błędne, bo to zakres prowadzonej działalności jest objęty wpisem, a nie warunki prowadzonego zakładu, czy środków ruchomych. Owszem one są badane w ramach kontroli przed wydaniem decyzji, ale zgodnie z akapitem 2 ust. 2 art. 6 rozporządzenia 852 przedsiębiorca ma obowiązek powiadamiać o każdej zmianie istotnej w działalności, a nie o zmianie wyposażenia zakładu. To oznacza, że jeśli przedsiębiorca do tej pory realizował działalność np. tylko jako restaurator w siedzibie zakładu, to jeśli będzie chciał świadczyć inne usługi związane z żywieniem, to dla każdego rodzaju tych innych usług musi występować o zatwierdzenie działalności. W ocenie Izby uczestnik nie działał zatem w celu zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, ale nieumyślnie i wadliwie rozumiał art. 61 BezpŻywnU. Izba stoi na stanowisku, że aby zamawiający mógł odrzucić ofertę złożoną w czynie nieuczciwej konkurencji musiałby móc wykazać, że rzeczywiście działania uczestnika były nakierowane na wyeliminowanie

konkurencji, a nie wynikały jedynie z nieświadomości przepisów prawa i błędnej ich interpretacji. Z tego względu Izba oddaliła ten zarzut.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mimo że zawiera ona rażąco niską cenę realizacji zamówienia

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Zarzut został wycofany przez odwołującego. Zgodnie z art. 520 ustawy odwołujący do zamknięcia rozprawy może cofnąć odwołanie. Skoro może cofnąć odwołanie w całości, to przyjmując rozumowanie a maiori ad minus, może również cofnąć jego część w tym poszczególne zarzuty. Możliwość wycofania części zarzutów potwierdza również art. 522 ust. 3 ustawy, który pozwala na umorzenie postępowania w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania i wycofania pozostałych zarzutów. Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy w przypadku wycofania odwołania Izba wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania. Z tego względu Izba umorzyła postępowanie w zakresie powyższego zarzutu.

5) Art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy mimo, że została ona złożona w sposób niezgodny z wymogami zamawiającego sformułowanymi w dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby zarzut dotyczy podstawy prawnej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy gdyż kwestionuje zgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy dotyczy odrzucenia oferty, która nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonych przez zamawiającego. Odwołujący nie podważa opatrzenia oferty lub dokumentów podmiotowych kwalifikowanym podpisem cyfrowym, przeciwnie sam załączył do pisma z 15 kwietnia 2024 r. dowody na poprawną weryfikację podmiotowych środków dowodowych, nie podnosi także, że oferta została złożona w inny sposób niż przez portal na którym prowadzone jest postępowanie, nie wskazał wreszcie, że została sporządzona w niedopuszczonym formacie. Przeciwnie podnosi, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, które wskazują, że przedmiot oferty powinien obejmować usługę cateringową. Tym samym Izba potraktowała wskazanie podstawy prawnej z art. 226 ust. 1 pkt 6 jako oczywistą omyłkę pisarską i rozpoznała zarzut w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko zamawiającego, co do tego, że nie ustanowił on wymogu posiadania uprawnień do prowadzenia działalności cateringowej na datę składania ofert, nie postawił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu posiadania uprawnień do prowadzenia działalności cateringowej. Wymagał świadczenia usługi zgodnie z obowiązującym prawem, ale na etapie po podpisaniu umowy. Zatem do momentu rozpoczęcia świadczenia usługi uczestnik miał szansę na uzyskanie stosownych uprawnień. W tym przypadku uzyskał wymagane uprawnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia i na dzień wyrokowania nie ma przeszkód do zawarcia umowy nakazującej świadczenia jej przedmiotu w sposób zgodny z obowiązującym prawem. Tym samym w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy nie można uznać, że istniały w SWZ warunki zamówienia, które nie zostały spełnione przez uczestnika i takie które powodowałyby, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy publicznych przez zaniechanie wezwania wykonawcy KUKLARESTO do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty mimo, że cena oferty złożonej przez tego wykonawcę wydaje się rażąco niska w porównaniu zarówno z szacunkową wartością zamówienia, jak i średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Zarzut został wycofany przez odwołującego. Zgodnie z art. 520 ustawy odwołujący do zamknięcia rozprawy może cofnąć odwołanie. Skoro może cofnąć odwołanie w całości, to przyjmując rozumowanie a maiori ad minus, może również cofnąć jego część w tym poszczególne zarzuty. Możliwość wycofania części zarzutów potwierdza również art. 522 ust. 3 ustawy, który pozwala na umorzenie postępowania w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania i wycofania pozostałych zarzutów. Zgodnie z art. 568 pkt 1 w przypadku wycofania odwołania Izba wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania. Z tego względu Izba umorzyła postępowanie w zakresie powyższego zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie par. 7 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) Izba odstąpiła od zastosowania par. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy i stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania. Izba wzięła pod uwagę, że poza zarzutami wycofanymi sporne pomiędzy stronami pozostawały cztery zarzuty, z których tylko jeden został uwzględniony przez Izbę, co wskazywałoby na konieczność stosunkowego rozdzielenia kosztów. Jednak Izba wzięła pod uwagę rodzaj zarzutów – każdy z zarzutów samodzielnie odważał prawidłowość badania i oceny oferty uczestnika, jako oferty niepodlegającej odrzuceniu. Tym samym uwzględnienie któregośkolwiek z nich powodowało, że odwołujący uzyskuje efekt jaki zamierzał osiągnąć wnosząc odwołanie, to jest doprowadza do wyeliminowania oferty najkorzystniejszej z postępowania i umożliwia sobie uzyskanie

zamówienia. Z tego też względu Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczonego wpisu i poniesionych wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....