Sygn. akt: KIO 648/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Patyk

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2024 r. przez wykonawcę I.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą GASTRO CONSULTING IRENA LABUS w Pile w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Rozwoju Pomorza S.A. z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę I.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą GASTRO CONSULTING IRENA LABUS w Pile i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę I.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą GASTRO CONSULTING IRENA LABUS w Pile tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiąc sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Agencję Rozwoju Pomorza S.A. z siedzibą w Gdańsku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy Ireny Labus prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą GASTRO CONSULTING IRENA LABUS w Pile na rzecz zamawiającego – Agencji Rozwoju Pomorza S.A. z siedzibą Gdańsku kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia 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 648/24

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

Zamawiający – Agencja Rozwoju Pomorza S.A. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na *świadczenie usług cateringowych podczas targów zagranicznych* (znak postępowania: ZP.1.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00032804.

W dniu 27 lutego 2024 r. wykonawca I.L. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą GASTRO CONSULTING IRENA LABUS w Pile [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, że oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia podczas gdy oferta odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego,

a w konsekwencji brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co miało wpływ na wynik postępowania;

2. art. 223 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie

i wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentu, który nie był wymagany przez Zamawiającego na etapie składania ofert zatem powinien zostać pominięty przez Zamawiającego, a w konsekwencji brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co miało wpływ na wynik postępowania;

3. art. 252 ust. 1 pzp poprzez wybór oferty Sevilla E. i SławomirZieleniewscy Sp. J., ul. Lazurowa 4 m 124, 01-315 Warszawa, która nie jest ofertą najkorzystniejszą

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości

i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty Sevilla E. i S.Z. Sp. J., ul. Lazurowa 4 m 124, 01-315 Warszawa jako oferty najkorzystniejszej;

b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

c) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

d) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożył w postępowaniu oprócz właściwej oferty niewymagany zgodnie z SWZ dokument zatytułowany „Oferta". Zamawiający na podstawie art. 223 ust 1 pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentu, którego nie wymagał. Odwołujący, w odpowiedzi na w/w wezwanie, pismem z dnia 8 lutego 2024r. złożył stosowne wyjaśnienia. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy Pzp stwierdzając na podstawie dokumentu, który nie był wymagany na tym etapie postępowania niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty Sevilla E. i S.Z. Sp. J., ul. Lazurowa 4 m 124, 01-315 Warszawa — jako oferty najkorzystniejszej — są niezgodne z przepisami ustawy pzp. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do szczegółowego określenia w SWZ wszelkich wymagań związanych z kształtem oferty, która ma zostać złożona przez przystępujących do postępowania wykonawców. Tak też się stało w tym przypadku - Zamawiający w treści SWZ szczegółowo określił wymagania związane z kształtem oferty, które obowiązywały wszystkich wykonawców. Oferta Odwołującego w wymaganym przez Zamawiającego na tym etapie postępowania zakresie odpowiadała treści SWZ i stanowiła ofertę najkorzystniejszą. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego na skutek badania treści dokumentu, którego złożenie nie było wymagane przez Zamawiającego na tym etapie postępowania. Dane wynikające z dokumentu złożonego dobrowolnie przez Wykonawcę nie są wiążące i ostateczne na tym etapie postępowania, a przede wszystkim nieporównywalne z innymi ofertami.

Złożony przez Odwołującego dokument nie był wymagany przez Zamawiającego na etapie oceny ofert, a tym samym nie powinien podlegać analizie Zamawiającego. Dopiero na etapie realizacji zamówienia dokument ten miałby charakter ostateczny i mógłby podlegać ocenie Zamawiającego pod kątem prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający winien opierać się na oświadczeniach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz złożonych przez tych wykonawców na wezwanie Zamawiającego podmiotowych i przedmiotowych środkach dowodowych (szczegółowo określonych w treści SWZ). Zamawiający nie może wybiegać swoją oceną poza zakres tych dokumentów, a wszelkie dokumenty dodatkowo złożone (niewymagane przez Zamawiającego na tym etapie postepowania) winny pozostać bez oceny i rozpatrzenia. Kwestie określone w złożonym dokumencie, który nie był wymagań przez Zamawiającego na etapie składania ofert, należą do etapu realizacji umowy i dopiero na tym etapie powinna nastąpić ich weryfikacja, a wszelkie ewentualne niezgodności mogą wówczas zostać obarczone sankcjami kontraktowymi.

Zamawiający w dniu 27 lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 22 lutego 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 marca 2024 r.

<u>Izba ustaliła, co następuje:</u>

W dniu 22 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Sevilla E. i S.Z. Sp. j. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności Zamawiający wskazał, iż *»Wykonawca złożył wraz z formularzem ofertowym*

niewymagany przez SWZ dokument zatytułowany „Oferta" zawierający menu. Załączona „oferta" nie była zgodna z OPZ - Załącznikiem 1 do SWZ w następujących punktach:

− Zamawiający wymagał mini kanapeczek wykonanych z pieczywa jasnego oraz ciemnego. Wykonawca wskazał „Quiche" bez sprecyzowania potrawy w zakresie pozwalającym na weryfikację spełnienia tego wymogu.

− W OPZ zamawiający określił, iż jedna mini kanapeczka ma składać się z min. czterech składników. Zaoferowana przez Wykonawcę „Kanapka z wegańską wątrobianką z kiszonym ogórkiem" oraz „Quiche brokułowy z serem pleśniowym i truflą" według opisu nie składają się
z czterech składników.

− Zamawiający w OPZ wymagał „tartinek na spodzie kruchym/przekąsek na spodzie z ciasta francuskiego" w przypadku zaoferowanej pozycji „Wegańska kanapka brownie z kremem kokosowym" nie określono, na jakim spodzie jest ciasto.

− Zgodnie z OPZ zamawiający każdego dnia wymagał 2 różnych koktajli bezalkoholowych. Wykonawca w przedstawionym menu wskazał 1 (jeden) rodzaj koktajlu dzienne.

Należy zauważyć, że ustawa Pzp nie zawiera definicji oferty. W związku z powyższym przy ocenie jakie elementy wchodzą w skład oferty należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego. Powyższe wynika z ugruntowanego poglądu w orzecznictwie, m. in wyroku KIO z 16.01.2023 r., sygn. akt KIO 22/23, „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej
w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia,
a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia." W niniejszym postępowaniu nie ulega wątpliwości, iż Wykonawca dołączając dokument nie wymagany przez Wykonawcę w treści SWZ i tytułując go „oferta" złożył oświadczenie woli i zaoferował Zamawiającemu świadczenie opisane w tym dokumencie. Oświadczenie to stanowiło treść oferty złożonej w postępowaniu.

Mimo, iż Zamawiający nie wymagał przedłożenia menu na etapie składania ofert, to otrzymawszy jako załącznik dokument zawierający menu miał obowiązek go zbadać pod kątem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Obowiązek ten potwierdza orzecznictwo KIO, w szczególności wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2012 r. sygn. akt KIO 509/12, w którym stwierdzono co następuje: „Oferta to oświadczenie woli prowadzące do zawarcia umowy, którego treść stanowi jej merytoryczną zawartość, a więc oświadczenie obejmujące nie tylko wolę zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści, ale także wolę spełnienia świadczenia wymaganego przez zamawiającego. Na treść oferty składają się wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy. W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu, w jaki będzie realizował zamówienia. Wyjaśnienia uzyskane w wyniku wezwania
w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty danego wykonawcy. Tak więc muszą się one ograniczać wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści oferty, a nie jej zmiany." W treści przytoczonego wyżej orzeczenia wskazano również, iż „Skoro więc wykonawca T. taki dokument (niewymagany treścią SIWZ) złożył i wręcz wskazał, że stanowi on integralną część oferty (pkt 14 "Formularza oferty") oznacza to, iż podlega on także analizie zamawiającego w toku procedury badania i oceny ofert." Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 2 listopada 2017, sygn. akt KIO 2167/17: „Zamawiający ma możliwość badania prawidłowości złożonej oferty nie tylko przez pryzmat formularza ofertowego, ale także inne złożone dokumenty. Istotą postępowania jest bowiem wybór oferty najkorzystniejszej, w tym także znaczeniu, że jest to wybór oferty ważnej." oraz uchwale KIO z dnia 16 maja 2017 r. sygn. akt KIO/KD 19/17 „Załączony do oferty dokument (decyzja administracyjna), jakkolwiek nie było obowiązku przedkładania go, jako zawierający istotne informacje mające znaczenie w przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i ewentualny wpływ na wynik, powinien być poddany badaniu i uwzględniony przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zważywszy, iż stanowi on dowód istotny przy podejmowaniu decyzji przez zamawiającego,
w tym także o wyniku postępowania. Pomijanie treści decyzji o zakresie uprawnień
z powołaniem przez zamawiającego zasady równego traktowania uczestników doprowadziłoby do aprobowania oferty jednoznacznie niezgodnej z postanowieniami SIWZ." Również w wyroku z dnia 9 października 2019 r. sygn akt KIO 1899/19 KIO przesądza, że: „jeśli istotą sporu jest to czy możliwy jest wybór oferty odpowiadającej w rzeczywistości wymaganiom siwz, a przystępujący dostarczył choćby niewymagane, ale jednak informacje konkretyzujące przedmiot zamówienia, to dla zrealizowania celu ustawy i nabycia przedmiotu zamówienia odpowiadającego wymaganiom zamawiającego, zamawiający mógł wziąć pod uwagę informacje dostarczone przez przystępującego nadmiarowo."

Wprawdzie istnieją przykłady w orzecznictwie, gdzie KIO wypowiada się negatywnie co do możliwości badania dokumentów niewymaganych przez Zamawiającego (tak np. w wyroku KIO z dnia 16.01.2023 r., sygn. akt KIO 22/23, lub wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3534/22), jednak powyższe orzeczenia zapadły na podstawie innych

stanów faktycznych. W powyższych sprawach dodatkowe dokumenty nie były częścią złożonej oferty a zostały złożone po terminie składania ofert. W podobnych sytuacjach słusznie uznaje KIO, iż dokumenty te nie mogą podlegać ocenie, gdyż mogłoby to prowadzić do celowego składania przez Wykonawcę dokumentów w celu odrzucenia jego oferty i odzyskania wadium. W niniejszej sprawie sytuacja jest przeciwna, to pominięcie dokumentu złożonego jako oferta i precyzującego oświadczenie Wykonawcy sprzeciwiałoby się celowi ustawy.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający miał obowiązek dokonać oceny niewymaganego dokumentu jako części oferty Wykonawcy i uwzględnić jego treść badając zgodność oferty z OPZ. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia złożonej oferty, jednak zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Wykonawca składając wyjaśnienia uzupełnił opisy oferowanych potraw oraz przedstawił dodatkowe koktajle bezalkoholowe. Należy jednak zauważyć, iż dodanie zestawu koktajli nie uwzględnionych pierwotnie w ofercie stanowi zmianę oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Wykonawca wyraźnie wskazał w wyjaśnieniach, że nie ujął ich w pierwotnej ofercie. Mając to na względzie, za uzasadnione należy uznać odrzucenie oferty wykonawcy GASTRO CONSULTING IRENA LABUS na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.«

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 252 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie uzasadnione jest łączne odniesienie się do zarzutów odwołania z uwagi na wspólne okoliczności faktyczne stanowiące ich podstawę.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16)Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

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

Po myśli art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Przedmiotem niniejszego sporu była czynność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z warunkami zamówienia poprzedzona wezwaniem Wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia dokumentu, który nie był wymagany przez Zamawiającego na etapie składania ofert.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, uznając tym samym, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż niesporne między Stronami było, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą dokumentu stanowiącego menu w związku z usługami cateringowymi stanowiącymi przedmiot zamówienia. Odwołujący z własnej inicjatywy załączył dokument menu zatytułowany „Oferta" dotyczący oferowanego przedmiotu świadczenia, stanowiący integralną część oferty, co wynika z punktu D.1 załącznika nr 2 do SWZ. Na podstawie deklaracji Odwołującego zawartych w złożonej ofercie działający z należytą starannością Zamawiający powziął wątpliwości co do zakresu oferowanego zobowiązania i pismem z dnia 7 lutego 2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści oferty. Czynność ta nie została zakwestionowana przez Odwołującego w ramach przysługujących mu środków ochrony prawnej, co oznacza, że Wykonawca podjął obowiązek należytego wyjaśnienia treści oferty. Tym samym za spóźniony na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia Izba uznała podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16
pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie i wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentu, który nie był wymagany przez Zamawiającego na etapie składania ofert. Termin na zakwestionowanie czynności Zamawiającego dotyczącej wezwania do wyjaśnień treści oferty upłynął w dniu 12 lutego 2024 r. Co więcej, na moment złożenia wyjaśnień treści oferty Odwołujący nie miał wątpliwości, które zgłasza obecnie na etapie postępowania odwoławczego. W szczególności w piśmie z dnia 8 lutego 2024 r. nie twierdził, że złożony dodatkowo dokument (menu) ma charakter wyłącznie poglądowy czy niewiążący. Wręcz przeciwnie analiza złożonych wyjaśnień potwierdza, że Odwołujący skonkretyzowany w menu przedmiot świadczenia traktował jako wiążący, szczegółowo opisując receptury oferowanych produktów, czy też sposób ich przygotowania.

W przekonaniu składu orzekającego podnoszona obecnie argumentacja stanowi wyłącznie element strategii procesowej Odwołującego w obliczu popełnionego przez Wykonawcę błędu, implikującego odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przechodząc natomiast do okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazać należy, iż
w istocie bezsporne było, że Odwołujący nie ujął pierwotnie w ofercie dwóch koktajli bezalkoholowych serwowanych każdego dnia zgodnie z wymogiem zawartym w cz. II pkt 9 lit. a opisu przedmiotu zamówienia, lecz jeden koktajl dziennie, co wynika z wyjaśnień Wykonawcy z dnia 8 lutego 2024 r. W wyjaśnieniach treści SWZ Wykonawca przedstawił brakujący zestaw koktajli, którego brak – jak wyjaśnił - wynikał z błędnego rozumienia opisu przedmiotu zamówienia oraz tabelę kosztów uzupełnioną o brakujące koktajle. Podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego były tym samym złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, których treść została całkowicie pominięta we wniesionym odwołaniu. Nie budzi z kolei na gruncie art. 223 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp ugruntowany pogląd – niekwestionowany zresztą przez Odwołującego – iż po upływie terminu składania ofert niedopuszczalna jest jakakolwiek modyfikacja treści oferty, a z taką sytuacją mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Zgodnie z ww. przepisem, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż Wykonawca na etapie ofertowania popełnił błąd, ponieważ nie uwzględnił jednego dodatkowego koktajlu bezalkoholowego dziennie wymaganego w specyfikacji, który złożone wyjaśnienia jedynie potwierdziły i który na obecnym etapie nie może zostać sanowany. Wątpliwości dotyczące zakresu oferowanego zobowiązania zostały wywołane przez samego Odwołującego w związku z treścią złożonego menu i nie sposób oczekiwać, aby zostały pominięte przez działającego z należytą starannością Zamawiającego. Przypomnieć należy, że celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest wybór oferty zgodnie z przepisami ustawy, a zatem oferty odpowiadającej warunkom danego zamówienia. Realizacja tego celu i nabycie usług zgodnych z warunkami specyfikacji wymaga zatem kompleksowej i rzetelnej analizy treści oferty wykonawcy
z uwzględnieniem instytucji określonych ustawą, w tym uprawniających zamawiającego do wyjaśnienia wątpliwości czy nieścisłości wynikających z treści złożonych ofert, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe Izba stwierdziła, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa.

W konsekwencji wybór oferty wykonawcy Sevilla E. i S.Z. Sp. j.
z siedzibą w Warszawie nie naruszał przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodnicząca: ……..