

WYROK

Warszawa, dnia 16 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2024 r. przez wykonawcę **Spółdzielnię Socjalną LARY-BAR, ul. Mściwoja II 28/A, 83-300 Kartuzy,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Jednostkę Wojskową nr 4026, rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia,** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy **B.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.M. Family Catering, ul. Szczecińska 1, 81-326 Gdynia,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy B.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.M. Family Catering, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. a) w związku z rozdziałem IX ust. 2 pkt 4 lit. c) specyfikacji warunków zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,

kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 i zamawiającego w części 1/2, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4026, rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa żywienia w systemie zleconym II”, numer referencyjny: 035/PN/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.12.2023 r., nr Dz.U. S: 233/2023 00733956-2023.

W dniu 01.02.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Spółdzielni Socjalnej LARY-BAR, ul. Mściwoja II 28/A, 83-300 Kartuzy (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez jego błędne zastosowanie, co doprowadziło do odrzucenia oferty, podczas gdy Zamawiający winien był ewentualnie odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp po wcześniejszym wystosowaniu żądania do złożenia wyjaśnień, co pozwoliłoby Odwołującemu na wyjaśnienie ceny, która mogła budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i następnie zmiany oferty przez Zamawiającego, bądź wycofania oferty i złożenia nowej oferty,

2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. niewystosowanie przez Zamawiającego do Odwołującego żądania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez Odwołującego ceny jednostkowej w ofercie dotyczącej normy żywienia dodatkowej „160” oraz normy dodatkowej „110” w wymiarze 80%, która budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do uniemożliwienia Odwołującemu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego bądź wycofania i ponownego wniesienia oferty,

3) art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy Zamawiający winien był w toku badania i oceny oferty Odwołującego żądać wyjaśnień w przedmiocie okoliczności, dlaczego zaoferowana cena jest

niższa od minimalnych wartości pieniężnych norm żywienia oraz zmienić oczywistą omyłkę rachunkową Odwołującego poprzez zmianę cen jednostkowych dla dodatkowych norm żywienia na minimalnie dopuszczalne, co jednocześnie wyłacznie poprawiłoby sytuację ekonomiczną Odwołującego w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu,

- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, co skutkowało nieodrzuconiem oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana najkorzystniejszą w toku postępowania tj. B.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.M., podczas gdy Zamawiający winien odrzucić przedmiotową ofertę z uwagi na okoliczność, że ww. wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedłożył Zamawiającemu zaświadczenia właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), o sprawowaniu nadzoru nad stosowaniem zasad wdrożonego systemu HACCP, wydane na podstawie art. 59 i 73 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia lub protokół z ostatniej kontroli sanitarnej przeprowadzonej przez właściwy organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), jako organ urzędowej kontroli żywności, które to zaświadczenie lub protokół było warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z specyfikacją warunków zamówienia,
- 5) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. poprzez nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, które wyraża się w przedwczesnym i niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na wskazanie przez Odwołującego w ofercie ceny jednostkowej normy żywienia dodatkowego „160” oraz normy żywienia dodatkowego „110” w wymiarze 80% poniżej minimalnej wartości pieniężnej, podczas gdy wskazanie ww. cen jednostkowych poniżej minimalnej wartości pieniężnej przez Odwołującego wynikało wyłącznie z omyłki rachunkowej, a Zamawiający odrzucił ofertę bez wcześniejszego wystosowania do Odwołującego jakiegokolwiek pisma żądającego wyjaśnień, co spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem zasad współżycia społecznego,
- 6) art. 17 ust. 1 pkt 2, art. 17 ust. 2 oraz art. 204 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie, co skutkowało udzieleniem zamówienia w sposób niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów gospodarczych, udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy, a także wyborem oferty, która nie była najkorzystniejsza.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „(...) Zamawiający w załączniku nr 7 do projektowanych postanowień umownych stanowiących załącznik nr 6a do SWZ wskazał definicję zasadniczej normy żywienia tj. ilość środków spożywczych przysługujących żołnierzowi w ciągu doby oraz dodatkowej normy żywienia tj. ilość środków spożywczych lub napoju, przysługującą żołnierzowi w ciągu doby jako uzupełnienie zasadniczej normy żywienia albo jako oddzielny posiłek lub porcja napoju. Jednocześnie w tym samym załączniku nr 7 Zamawiający wskazał aktualne, minimalne wartości pieniężne dla poszczególnych norm żywienia tj. norma zasadnicza „020” — równa się 28,44 zł, norma „040” równa się 39,53 zł, norma dodatkowa „160” równa się 3,11 zł oraz norma dodatkowa „110” w wymiarze 80% - równa się 8,65 zł. (...) Jednocześnie należy zauważyć, że przyjmując wyżej wymienione jednostkowe wartości minimalne dla konkretnej normy żywnościowej, łączna minimalna cena przedmiotowego zamówienia uwzględniając wartości ilości gwarantowanej oraz wartości ilości prawa opcji zgodnie z SWZ wynosi 706.165,00 zł. (...) Odwołujący w ofercie na przedmiotowe zamówienie zaoferował cenę na normę zasadniczą „040” w wysokości 59,50 zł, za normę „040” w wysokości 50,00 zł, za normę dodatkową „160” w wysokości 2,50 zł oraz normę dodatkową „110” w wymiarze 80% w wysokości 7,50 zł, zaś wartość całkowita oferty Odwołującego wynosiła 1.323.000,00 zł. (...) Jednocześnie wskazuję, że intencją Odwołującego było zaoferowanie Zamawiającemu w zakresie normy dodatkowej „160” oraz normy dodatkowej „110” w wymiarze 80% wartości minimalnych wskazanych w załączniku nr 7 do projektowanych zapisów umowy tj. odpowiednio 3,11 zł oraz 8,65 zł. Niemniej jednak należy zaznaczyć, że wartość całkowita oferty złożonej przez Odwołującego wynosi 1.323.000,00 zł brutto, co oznacza, że zaproponowana przez Odwołującego cena całkowita jest wyższa o 616.835,00 zł od ceny całkowitej przy zastosowaniu minimalnych wartości pieniężnych dla każdej normy. (...) Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że pomimo omyłkowo wskazanej wartości pieniężnej dla jednostkowych, dodatkowych norm żywienia poniżej wartości wskazanych w ww. załączniku, oferowana przez Odwołującego cena łączna, co do której wskazania na podstawie SWZ został zobowiązany Odwołujący, jest prawidłowa tj. zaoferowana cena łączna jest wyższa niż minimalna łączna cena wskazana przez Zamawiającego zgodnie z SWZ. (...)

Co więcej, Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp tj. ze względu na niezgodność treści ofert z warunkami zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający winien był ewentualnie odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp tj. z uwagi na okoliczność, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na fakt, że poszczególne ceny jednostkowe były niższe, aniżeli minimalne ceny wskazane w SWZ należy uznać, że oferta złożona przez Odwołującego zawierała ceny jednostkowe rażąco niskie jak i budzące wątpliwości czy przedmiot zamówienia można wykonać zgodnie z dokumentacją. Należy zaznaczyć jednak, że w przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp,

Zamawiający zobligowany jest przed odrzuceniem oferty, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, do żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanej ceny. W niniejszej sprawie zastosowanie art. 224 ust. 1 PZP pozwoliłoby Odwołującemu na wskazanie przyczyn powstania rozbieżności pomiędzy jednostkowymi wartościami pieniężnymi wskazanymi w ofercie, a minimalnymi wartościami pieniężnymi wskazanymi w SWZ, tj. wskazanie, że doszło do omyłki rachunkowej i wolą Odwołującego było przyjęcie wartości minimalnych w zakresie dodatkowych norm żywienia „160” oraz „110” w wymiarze 80%, co jednocześnie umożliwiłoby Zamawiającemu dokonanie zmiany w ofercie Odwołującego z uwagi na omyłkę rachunkową. Co więcej, w przypadku nieuwzględnienia przedmiotowych wyjaśnień i niezmienieniu oferty przez Zamawiającego w zakresie omyłki, Odwołujący mógłby niezwłocznie wycofać ofertę i wnieść ponownie ofertę z poprawionymi wartościami pieniężnymi dla cen jednostkowych, co jednocześnie umożliwiłoby Odwołującemu realne uczestnictwo i konkurowanie w Postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również naruszenie art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. (...) Należy zaznaczyć, że gdyby Zamawiający zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, to wówczas Odwołujący mógłby wskazać, że doszło do omyłki rachunkowej, a jego intencją było zaoferowanie minimalnych wartości pieniężnych dla dodatkowych norm żywienia. Wówczas na podstawie art. 187 PZP lub art. 223 ust. 2 Pzp, Zamawiający mógłby dokonać stosownej zmiany treści oferty w przedmiocie ceny jednostkowej dla dodatkowych norm żywienia w wysokości minimalnych wartości wskazanych w SWZ. Mając na uwadze powyższe, brak zastosowania przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 PZP w toku Postępowania spowodował niezgodne z przepisami PZP odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy jego zastosowanie niewątpliwie doprowadziłoby do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Jednocześnie zaznaczam, że dokonanie przez Zamawiającego zmiany polegającej na podwyższeniu wartości pieniężnych dla dodatkowych norm żywnościowych do minimalnych wartości pieniężnych wskazanych w SWZ, zadziałałoby zarówno na korzyść Odwołującego, gdyż ten otrzymałby wyższe wynagrodzenie jak i Zamawiającego, który przeznaczyłby znacznie mniejsze środki na wynagrodzenie dla wykonawcy za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Należy również podnieść, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na fakt, że wybrana oferta wykonawcy - B.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.M., powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. Pzp tj. ze względu na okoliczność że ww. nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu. Zgodnie z rozdziałem VIII SWZ, Zamawiający uwarunkował udział w Postępowaniu od zdolności technicznej lub zawodowej, zaś spełnienie tego warunku wymagało wykazania zaświadczenia właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), o sprawowaniu nadzoru nad stosowaniem zasad wdrożonego systemu HACCP, wydane na podstawie art. 59 i 73 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia lub wykazania protokołu z ostatniej kontroli sanitarnej przeprowadzonej przez właściwy organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), jako organ urzędowej kontroli żywności. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza tj. B.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą FAMILY CATERING do oferty w Postępowaniu przedłożyła zaświadczenie nr 19/23 wydane przez Inspekcję Weterynaryjną — Powiatowego Lekarza Weterynarii w Gdyni Małgorzatę Godzińską oraz protokół nr 2/S/12/2023 kontroli Sanitarно-Weterynaryjnej sporządzony przez Wojskowy Ośrodek Medycyny Prewencyjnej — Wojską Inspekcję Weterynaryjną. Wyżej wymieniony wykonawca nie przedłożył zatem wymaganych dokumentów tj. zaświadczenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej, bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej, a także nie przedłożył protokołu z ostatniej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej lub Wojskowej Inspekcji Sanitarnej. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że ww. wykonawca nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu tj. nie wykazał zdolności technicznej lub zawodowej, od czego uwarunkowany został udział w Postępowaniu, a zatem wybór oferty ww. wykonawcy został wykonany niezgodnie z przepisami Pzp.

Niezależnie od powyższych kwestii należy uznać, że odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, który postanowił odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp niezasadnie i przedwcześnie. Jak zostało wyżej wskazane, Zamawiający w toku Postępowania w żadnym momencie nie zwrócił się do Odwołującego z żądaniem wyjaśnienia rozbieżności związanych z wartością pieniężną dodatkowych norm żywienia wskazanych w ofercie przez Odwołującego, a minimalną wartością pieniężną dodatkowych norm żywienia wskazanych w SWZ. Ponadto w toku postępowania Zamawiający w żaden sposób nie zwrócił Odwołującemu uwagi na powyższe rozbieżności wynikające z omyłki Odwołującego, podczas gdy ową omyłkę Zamawiający uprawniony był zmienić po wcześniejszych wyjaśnieniach Odwołującego. Co więcej, w przypadku poinformowania Odwołującego o powyższej rozbieżności, Odwołujący, nawet w przypadku uznania przez Zamawiającego, że ten nie ma możliwości dokonania zmiany, mógłby niezwłocznie ofertę wycofać, a następnie złożyć kolejną ofertę z uwzględnieniem poprawionej wartości środków pieniężnych dla dodatkowych norm żywienia. (...)

Odwołujący podjął liczne kroki w celu przystąpienia do Postępowania i uzyskania zamówienia, złożył atrakcyjną ofertę na zamówienie publiczne, którego całkowita cena jest wyższa od całkowitej ceny z uwzględnieniem minimalnych środków

pieniężnych, a ponadto złożył ofertę, która z przyjęciem wartości minimalnych dla dodatkowych norm wyżywienia „160” oraz „110” w wymiarze 80% wskazanych w SWZ (łączna cena wynosi wówczas 1.340.600,00 zł tj. o 17.700 wyższa niż wskazana w ofercie), jest niższa od konkurencyjnej oferty, która niezasadnie została wybrana najkorzystniejszą, o 121.900 zł. Mając na uwadze tak znaczącą różnicę w zaoferowanej cenie pomiędzy Odwołującym, a wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tym bardziej niezasadne było niepodjęcie żadnych kroków w celu wyjaśnienia wskazanej w ofercie ceny bądź jej zmiany, co w konsekwencji doprowadziłoby do zaoszczędzenia środków z budżetu skarbu państwa w wysokości 121.900 zł.

Odwołujący zwraca uwagę również na cel zamówień publicznych i zasady udzielania zamówień publicznych, które zostały uregulowane w art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z niniejszym artykułem, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Ponadto ustawodawca w art. 204 ust. 1 PZP wskazał, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. (...) Należy uznać zatem, że działanie Zamawiającego spowodowało uszczuplenie finansów publicznych, które winny być przeznaczane na rozwój Rzeczypospolitej Polski bądź wzmocnienie obronności państwa. (...)

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu, że Odwołujący w zakresie jednostkowych wartości pieniężnych dla dodatkowej normy wyżywienia „160” oraz dodatkowej normy wyżywienia „110” w wymiarze 80% oferuje cenę minimalną wskazaną w załączniku nr 7 do projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 6a do SWZ,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 5) odrzucenia oferty wykonawcy B.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Pismem z dnia 04.02.2024 r. wykonawca B.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B.M. Family Catering, ul. Szczecińska 1, 81-326 Gdynia (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 14.02.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest usługa żywienia w systemie zleconym II. Przedmiot zamówienia został podzielony na 5 części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1 przedmiotu zamówienia.

W rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał, że w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej wymaga wykazania: „zaświadczenie właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), o sprawowaniu nadzoru nad stosowaniem zasad wdrożonego systemu HACCP, wydane na podstawie art. 59 i 73 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia lub protokół z ostatniej kontroli sanitarnej przeprowadzonej przez właściwy organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), jako organ urzędowej kontroli żywności”.

Na potwierdzenie spełnienia tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia aktualnego dokumentu potwierdzającego stosowanie wdrożonego systemu HACCP tj.:

- zaświadczenia właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej) o sprawowaniu nadzoru nad stosowaniem zasad wdrożonego systemu HACCP, wydanego na podstawie art. 59 i 73 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia, lub
- protokołu z ostatniej kontroli sanitarnej przeprowadzonej przez właściwy organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), jako organ urzędowej kontroli żywności.

W rozdziale XVII ust. 1 SWZ Zamawiający wskazał:

1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Cena oferty musi wynikać z tabeli „kalkulacji ceny ofertowej”. Kalkulację ceny ofertowej należy wypełnić zgodnie z instrukcjami zawartymi w przedmiotowej tabeli.

W załączniku nr 7 do projektu umowy stanowiącego załącznik nr 6a do SWZ Zamawiający wskazał:

Odwołujący złożył ofertę, w której w formularzu ofertowym dla części nr 1 wskazał:

Lp.	J.m	Norma wyżywienia	Ilość gwarantowana	Maksymalna ilość prawa opcji	Cena jednostkowa zł brutto	Stawka VAT %	Wartość ilości gwarantowanej zł brutto (4x6)	Wartość ilości prawa opcji zł brutto (5x6)	Wartość całkowita zł brutto (8+9)
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1	Dzienna racja	020	6.000	14.000	59,90	8%	359 400,00	838 600,00	1 198 000,00
2	Dzienna racja	040	200	300	50,00	8%	10 000,00	15 000,00	25 000,00
3	Dzienna racja	160	3.000	7.000	2,50	23%	7 500,00	17 500,00	25 000,00
4	Dzienna racja	80% 110	3.000	7.000	7,50	8%	22 500,00	52 500,00	75 000,00
RAZEM					1 323 000				

Przystępujący składając podmiotowe środki dowodowe przedłożył m.in.:

- zaświadczenie nr 19/23 z dnia 06.11.2023 r. wystawione przez Inspekcję Weterynaryjną Powiatowego Lekarza Weterynarii w Gdyni,
- protokół nr 2/S/12/2023 kontroli sanitarno-weterynaryjnej sporządzony przez Wojskowy Ośrodek Medycyny Prewencyjnej Wojskową Inspekcję Weterynaryjną w Gdyni.

Pismem z dnia 22.01.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

„Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz w załączniku nr 7 do projektowanych postanowieniach umowy określił, iż wyżywienie dla żołnierzy podlega „Rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 kwietnia 2022 r. w sprawie bezpłatnego wyżywienia żołnierzy zawodowych Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej” oraz „Rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 maja 2022 r. w sprawie umundurowania i wyżywienia oraz innych należności wydawanych żołnierzom niebędącym żołnierzami zawodowymi”, w których zostały określone normy wyżywienia. Zgodnie z załącznikiem nr 7 do projektowanych postanowień umowy stanowiący załącznik nr 6a do SWZ, normy wyżywienia miały ustaloną minimalną wartość pieniężną, która została określona w wysokości:

- zasadnicza „020” — równa się 28,44 zł.
- norma „040” — równa się 39,53 zł.
- dodatkowa „160” — równa się 3,11 zł.
- dodatkowa „110” w wymiarze 80% — równa się 8,65 zł.

Spółdzielnia Socjalna Lary-Bar, dla normy:

- dodatkowa „160” zaoferował cenę jednostkową w wysokości 2,50 zł brutto
- dodatkowa „110” w wymiarze 80% zaoferował cenę jednostkową w wysokości 7,50 zł brutto.

Ceny zaoferowane przez Spółdzielnię Socjalną Lary-Bar w ww. normach są cenami niższymi od minimalnych wartości pieniężnych określonych przez Zamawiającego w związku z powyższym oferta jest niezgodna z specyfikacją warunków zamówienia (SWZ).

Ponadto należy wskazać, iż Wykonawca składając ofertę w postępowaniu oświadczył, iż zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia projektowane postanowienia umowy zostały przez niego zaakceptowane i zobowiązał się, w przypadku wybrania jego oferty, do zawarcia umowy na określonych warunkach. (Oświadczenie nr 2 w formularzu ofertowym dot. Postępowania 035/PN/2023).

Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. pkt. 5).”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Zgodnie z art. 219 ustawy Pzp:

1. Oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert.
2. Do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

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.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp:

1. 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 art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odwołaniu Odwołujący podnosił, że Zamawiający zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co spowodowało, że Odwołujący nie mógł wyjaśnić, że w jego ofercie ma miejsce omyłka rachunkowa i że nie mógł on ewentualnie wycofać swojej oferty i złożyć nowej. Na rozprawie natomiast Odwołujący podniósł nową argumentację, zgodnie z którą wskazana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie decyzja MON z 14.07.2023 r. określająca wartości pieniężne norm żywienia nie obowiązywała w dacie wszczęcia postępowania, co oznacza, że podane w zał. 7 do umowy wartości minimalne norm żywienia są nieaktualne i postępowanie o udzielenie zamówienia powinno zostać unieważnione.

Odnosząc się do tej nowej argumentacji podniesionej przez Odwołującego na rozprawie należy dla formalności zauważyć, że w odpowiedzi na odwołanie (str. 3) Zamawiający nie powołał się na Decyzję MON nr 73/MON z dnia 14.07.2023 r., ale na Decyzję MON nr 133/MON z dnia 24.11.2023 r., która weszła w życie z dniem ogłoszenia, czyli właśnie w dniu 24.11.2023 r., a zatem była aktualna w dniu wszczęcia postępowania (04.12.2023 r.). Niezależnie od powyższego, porównując zawarte w obu Decyzjach wartości pieniężne dla normy dodatkowej „160” i normy dodatkowej „110” w wymiarze 80%, Izba ustaliła, że mimo formalnego powołania w odpowiedzi na odwołanie Decyzji nr 133/MON z 24.11.2023 r. Zamawiający w zał. 7 do umowy rzeczywiście wskazał minimalne wartości pieniężne zawarte w Decyzji nr 73/MON z 14.07.2023 r. Świadczą o tym nie wartości dla normy „160” (bo te są takie same w obu Decyzjach), ale wartości dla normy „110”, która w Decyzji nr 73/MON wynosi 10,82 zł, a w Decyzji nr 133/MON - 11,32 zł. Wyliczając 80% z ww. kwot (bo Zamawiający podał w zał. 7 do umowy wartość dla normy „110” w wymiarze 80%) uzyskujemy wartość 8,65 zł z kwoty 10,82 zł, czyli z kwoty wskazanej w Decyzji nr 73/MON z 14.07.2023 r., a nie z kwoty 11,32 zł wskazanej w Decyzji nr 133/MON z 24.11.2023 r. Tym samym porównanie wartości pieniężnych zawartych w obu ww. Decyzjach pozwala na ustalenie, że rzeczywiście wartości wskazane w zał. 7 do umowy zostały przez Zamawiającego zaczerpnięte z Decyzji nr 73/MON z 14.07.2023 r., która nie była aktualna w dniu wszczęcia postępowania. Powyższe nie ma jednak znaczenia dla przedmiotowej sprawy z następujących powodów.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na czynność zamawiającego. Zakres dokonania tej czynności - w przypadku gdy jest nią odrzucenie oferty - wynika z uzasadnienia faktycznego i prawnego tego odrzucenia. W tym wypadku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i uzasadnił to tym, że podane w ofercie ceny norm żywienia są niższe od minimalnych wartości pieniężnych wskazanych w zał. 7 do umowy. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie powoływał się natomiast w uzasadnieniu na żadne okoliczności faktyczne odnoszące się do aktualności takiego czy innego aktu prawnego. Zatem podnoszenie obecnie zarzutu, że Decyzja nr 73/MON z 14.07.2023 r. określająca wartości norm żywienia jest nieaktualna, jest bezprzedmiotowe, bo wykracza poza powód odrzucenia oferty Odwołującego. Innymi słowy: Izba może oceniać zgodność lub niezgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp w zakresie takim, w jakim czynność ta została dokonana. Aktualność jakiegokolwiek aktu prawnego pozostaje poza zakresem czynności odrzucenia oferty Odwołującego, bo Zamawiający nie odrzucił tej oferty z takiego powodu. Stąd też kwestia

aktualności ww. Decyzji jest bezprzedmiotowa dla oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Po drugie, zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, zmiana SWZ jest możliwa jedynie przed upływem terminu składania ofert. Po upływie tego terminu treść SWZ jest już niezmienna i wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. Wynika to także z podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż dokonywanie oceny ofert niezgodnie z treścią SWZ stanowiłoby rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Bez względu zatem na to, na jakim akcie prawnym Zamawiający się oparł sporządzając SWZ wraz z załącznikami i czy akt ten obowiązywał w dniu wszczęcia postępowania, obecna treść SWZ, w tym także podane w zał. 7 do umowy minimalne wartości pieniężne norm wyżywienia, są obowiązujące dla wykonawców, którzy złożyli oferty i muszą być przez nich w tych ofertach uwzględnione. Wykrycie na obecnym etapie postępowania, że Decyzja nr 73/MON z 14.07.2023 r. nie była aktualna w dniu wszczęcia postępowania nie zwalnia zatem Odwołującego z obowiązku złożenia oferty zgodnej z warunkami zamówienia, czyli zgodnej także z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi minimalnych wartości pieniężnych norm wyżywienia, bez względu na to, z jakiego aktu prawnego zostały one zaczerpnięte i czy był on aktualny w dniu wszczęcia postępowania. Być może powołanie się na nieaktualną Decyzję wiązać się będzie z oceną działalności Zamawiającego w jakichś innych obszarach, natomiast nie wpływa na wiążący charakter SWZ w postępowaniu o zamówienie publiczne po upływie terminu składania ofert.

Po trzecie, nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że dopiero odpowiedzi na odwołanie dowiedział się on, że minimalne wartości norm wyżywienia wskazane w zał. 7 do umowy pochodzą z nieaktualnej Decyzji nr 73/MON z 14.07.2023 r. i dlatego nie mógł podnieść tego zarzutu w odwołaniu. Abstrahując od tego, że z wyżej wskazanych przyczyn (brak odrzucenia oferty z powodu nieaktualności Decyzji i wiążąca moc SWZ po upływie terminu składania ofert) zarzut taki i tak nie mógłby zostać uznany za zasadny, przede wszystkim należy zauważyć, że jak wykazano powyżej, sama podana w zał. nr 7 do umowy kwota dla normy „110” w wymiarze 80% pozwala na ustalenie, z której Decyzji MON została ona przez Zamawiającego zaczerpnięta. Zatem już w oparciu o treść zał. nr 7 do umowy Odwołujący mógł ustalić źródło wskazanych wartości norm i jeżeli jego zdaniem nieaktualna Decyzja nie powinna być tym źródłem, powinien był w terminie 10 dni od opublikowania SWZ (art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) wnieść odwołanie na treść zał. nr 7 do umowy z żądaniem dostosowania wartości norm do aktualnej Decyzji. Natomiast obecnie argument o niemożności podniesienia wcześniej zarzutu nieaktualności Decyzji jest oczywiście bezzasadny.

Po czwarte zatem, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też w świetle art. 555 ustawy Pzp, nowy zarzut dotyczący nieaktualności Decyzji nr 73/MON z 14.07.2023 r. nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę, gdyż nie był zawarty w odwołaniu.

Przechodząc zatem do zarzutów zawartych w odwołaniu w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponownie należy wskazać, że Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co spowodowało, że Odwołujący nie mógł wyjaśnić, że w jego ofercie ma miejsce omyłka rachunkowa i że nie mógł on ewentualnie wycofać swojej oferty i złożyć nowej.

Przed wszystkim należy jednoznacznie podkreślić, że po upływie terminu składania ofert niedopuszczalne jest wycofanie oferty i złożenie nowej, co wynika jasno z art. 219 ustawy Pzp, a pośrednio także z art. 16 pkt 1 i 2 (podstawowe zasady udzielania zamówień) oraz z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (zakaz zmiany oferty). Zatem niezależnie od wszelkich okoliczności zaistniałych w niniejszej sprawie, postulowane przez Odwołującego umożliwienie mu wycofania oferty i złożenia nowej po upływie terminu składania ofert w ogóle nie wchodzi w grę. Nawet gdyby do takiej

sytuacji doszło, nowa oferta podlegałaby obligatoryjnie odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako niezgodna z przepisami ustawy, czyli właśnie z art. 219 ustawy Pzp.

Nie można się także zgodzić z argumentacją Odwołującego, zgodnie z którą Zamawiający zobowiązany był do wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zamiast odrzucać jego ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia. Przede wszystkim należy zauważyć, że nie zachodzi żadna z podstaw wskazanych w art. 224 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp, z których wynikałby takiż obowiązek Zamawiającego. W szczególności cena oferty Odwołującego nie jest niższa o co najmniej 30% od wskaźników wymienionych w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp (wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT i średnia arytmetyczna ofert). Ponadto nie zachodzi także przesłanka z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż brak jest jakichkolwiek okoliczności, z powodu których cena tej oferty miałaby się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić wątpliwości Zamawiającego. Sam zresztą Odwołujący podnosi, że cena jego oferty jest o ponad 600.000,00 zł wyższa od wartości zamówienia wyliczonej w oparciu o wartości minimalne podane w zał. nr 7 do umowy. Skoro cena ta jest wyższa i to w dodatku o tak niebagatelną kwotę, to trudno twierdzić, że mogłaby być rażąco niska.

Podobnie nie można podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby w jego ofercie można było stwierdzić i poprawić omyłkę rachunkową. Z omyłką rachunkową mamy do czynienia wtedy, gdy w ofercie jest widoczne jakieś wadliwe działanie arytmetyczne, które można poprawić poprzez prawidłowe wykonanie np. dodawania, odejmowania, mnożenia lub dzielenia. W ofercie Odwołującego nie występują żadne wadliwe działania arytmetyczne, zatem nie ma podstaw do stwierdzenia jakiegokolwiek omyłki rachunkowej i nie ma podstaw do jej poprawienia (art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Odwołujący po prostu wpisał w pozycjach dotyczących normy „160” i normy „110” w wymiarze 80% wartości niższe niż wartości minimalne wskazane przez Zamawiającego w zał. nr 7 do umowy. Tym samym istota sprawy nie tkwi w rażąco niskiej cenie, czy w omyłce rachunkowej, do których stwierdzenia nie ma żadnych podstaw, ale w niezgodności oferty z warunkami zamówienia, która to niezgodność powoduje, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji Zamawiający nie naruszył nie tylko ww. przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 224 ust. 1, art. 223 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, ale także pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności należy zauważyć, że w myśl art. 8 ustawy Pzp, przepisy kodeksu cywilnego stosuje się tylko wtedy, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a kwestia odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia została uregulowana w przepisach ustawy Pzp, dlatego też nie znajduje w tym wypadku zastosowania art. 5 kc. Ponadto art. 204 ustawy Pzp ma zastosowanie w przypadku postępowania prowadzonego w trybie partnerstwa innowacyjnego, a art. 187 ustawy Pzp – w trybie dialogu konkurencyjnego, podczas gdy niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Z kolei art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje nakaz udzielenia zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, ale nie oznacza to, że zamawiający zobowiązani są do wyboru najtańszej oferty bez względu na okoliczności faktyczne i prawne. Wręcz przeciwnie, w myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a zgodnie z tymi przepisami zamawiający mają obowiązek w określonych okolicznościach (art. 226 ust. 1 ustawy Pzp) odrzucić ofertę, nawet jeśli jest ona najtańsza. Celem udzielania zamówień publicznych zgodnie z przepisami krajowymi i unijnymi nie jest bowiem wybranie najtańszej oferty, ale wybranie oferty najkorzystniejszej (nie zawsze jest nią oferta najtańsza) i dodatkowo wybranie jej zgodnie z procedurami zapewniającymi na rynku zamówień uczciwą konkurencję i równe traktowania wykonawców. Dlatego też argumentacja Odwołującego dotycząca potencjalnych korzyści finansowych dla Zamawiającego i dla niego samego w przypadku wybrania jego oferty, pozostaje bez znaczenia wobec faktu, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, w pierwszej kolejności ponownie należy podkreślić, że po upływie terminu składania ofert treść SWZ jest wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego i wobec tego nie podlega ona zmianom, także w zakresie warunków udziału w postępowaniu i podmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie spełnienia tych warunków. Dopuszczenie, aby wykonawca wykazał spełnienie warunku, w inny, szerszy niż określony w SWZ sposób, stanowiłoby nie tylko niedozwoloną zmianę SWZ po upływie terminu składania ofert (art. 137 ust. 1 ustawy Pzp), ale także naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień. Naruszenie to następuje w szczególności poprzez utrudnienie dostępu do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy mogli chcieć złożyć ofertę w danym postępowaniu, ale nie złożyli jej z powodu niespełniania określonego wymogu, nie wiedząc, że po upływie terminu składania ofert zamawiający będzie interpretował ten wymóg w sposób rozszerzający i niezgodny z literalnym brzmieniem zawartym w SWZ. Taka sytuacja prowadziłaby zatem do złamania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

W niniejszym postępowaniu w opisie warunku Zamawiający dopuścił możliwość złożenia dokumentu (zaświadczenia lub protokołu kontroli) pochodzącego tylko od właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej. Zamawiający nie dopuścił dokumentu pochodzącego od jakiegokolwiek inspekcji weterynaryjnej. Przystępujący przedłożył natomiast zaświadczenie wystawione przez Inspekcję Weterynaryjną Powiatowego Lekarza Weterynarii w Gdyni oraz protokół kontroli sanitarno-weterynaryjnej sporządzony przez Wojskowy Ośrodek Medycyny Prewencyjnej (WOMP) Wojskową Inspekcję Weterynaryjną w Gdyni. O ile w świetle wypowiedzi Stron i Przystępującego na rozprawie nie było sporne, że ww. zaświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku, o tyle Przystępujący i Zamawiający powoływali się na przepisy, z których miałyby wynikać, że ww. protokół kontroli wystawiony przez WOMP w Gdyni potwierdza spełnienie warunku.

Izba przeanalizowała powoływane przepisy i stwierdziła, że rzeczywiście organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej współpracują z organami Wojskowej Inspekcji Sanitarnej oraz Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej w zakresie przeprowadzania audytów przez organy Wojskowej Inspekcji Sanitarnej oraz Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej, w zakładach zaopatrujących w żywność lub ubiegających się o takie zaopatrywanie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz wojsk obcych przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co wynika z § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia, Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi Oraz Ministra Obrony Narodowej w sprawie szczegółowych warunków i sposobu współdziałania organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej z organami Inspekcji Weterynaryjnej, Wojskowej Inspekcji Sanitarnej oraz Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej w zakresie sprawowania nadzoru nad przestrzeganiem bezpieczeństwa żywności i żywienia (Dz.U. Nr 88, poz. 504). Należy jednak zauważyć, że sama współpraca organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej z organami Wojskowej Inspekcji Sanitarnej oraz Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej nie zmienia faktu, że Zamawiający w opisie warunku dopuścił jego wykazanie tylko za pomocą dokumentów pochodzących od Państwowej Inspekcji Sanitarnej lub Wojskowej Inspekcji Sanitarnej, natomiast nie dopuścił dokumentów pochodzących od jakiegokolwiek inspekcji weterynaryjnej. Ewentualna współpraca między tymi inspekcjami nie wpływa zatem na treść warunku udziału w postępowaniu i nie powoduje, że w świetle jego treści dopuszczalne staje się złożenie dokumentu pochodzącego od podmiotu niewymienionego w treści tego warunku, tj. od Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej.

Izba stwierdziła także, że rzeczywiście w myśl art. 22b ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 338 ze zm.) organami Wojskowej Inspekcji Sanitarnej są m.in. komendanci wojskowych ośrodków medycyny prewencyjnej i wojskowi inspektorzy sanitarni wojskowych ośrodków medycyny prewencyjnej zgodnie z właściwością miejscową określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 22j. Gdyby zatem protokół kontroli został sporządzony przez WOMP działający jako organ Wojskowej Inspekcji Sanitarnej, czyli podmiotu wymienionego w treści warunku, można byłoby uznać, że jest to właściwy dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże analiza powołanych w tym protokole podstaw prawnych wskazuje, że w tym wypadku WOMP w Gdyni działał jako organ Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej na podstawie:

- art. 3 ust. 5 i ust. 6 pkt 2 ustawy o Inspekcji Weterynaryjnej,
- art. 73 ust. 1 pkt 4 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (przepis dotyczy organów Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej),
- § 8 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej w sprawie Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej (przepis dotyczy pobierania nieodpłatnie próbek do badań laboratoryjnych przez Wojskową Inspekcję Weterynaryjną),
- § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia, Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi Oraz Ministra Obrony Narodowej w sprawie szczegółowych warunków i sposobu współdziałania organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej z organami Inspekcji Weterynaryjnej, Wojskowej Inspekcji Sanitarnej oraz Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej w zakresie sprawowania nadzoru nad przestrzeganiem bezpieczeństwa żywności i żywienia (jak już wyżej wskazano - współpraca między poszczególnymi inspekcjami nie powoduje zmiany warunku w zakresie podmiotów, od których ma pochodzić wymagany przez zamawiającego dokument).

Wobec powyższego należy uznać, że powołane w ww. protokole podstawy prawne wskazują, że kontrola została przeprowadzona przez WOMP w Gdyni działający w tym wypadku jako organ Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej, czyli podmiotu niewymienionego w treści warunku. Fakt działania WOMP w Gdyni „na zlecenie” Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej potwierdza także nagłówek ww. protokołu kontroli, w którym wskazano przecież:

„WOJSKOWY OŚRODEK MEDYCYN Y PREWENCYJNEJ
WOJSKOWA INSPEKCJA WETERYNARYJNA”

Skoro zatem Przystępujący złożył protokół kontroli przeprowadzonej przez WOMP działający jako organ Wojskowej Inspekcji Weterynaryjnej, to w świetle opisu warunku udziału w postępowaniu, należy uznać, że nie wykazał spełnienia tego warunku.

W tym miejscu należy dodać, że jeśli wykonawcy uważali, że z uwagi na podobne uprawnienia zasadne byłoby też dopuszczenie wykazania warunku za pomocą dokumentów wystawionych przez określone inspekcje weterynaryjne,

to powinni byli we właściwym czasie przed upływem terminu składania ofert (art. 515 ust. 2 ustawy Pzp) złożyć odwołanie na treść SWZ z żądaniem jej zmiany. Skoro jednak takie odwołanie nie zostało wniesione, to na obecnym etapie postępowania treść SWZ jest już niezmienna i wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców.

Należy także stwierdzić, że o ile zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba jest związana zarzutami odwołania, to nie jest związana żądaniami postawionymi w odwołaniu. Odwołujący żądał odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, tymczasem zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp:

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

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

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ww. przepis przewiduje zatem, że w razie złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych dotkniętych błędem (rozumianym przez doktrynę i orzecznictwo jako brak wykazania spełnienia warunku), przed odrzuceniem oferty zamawiający zobowiązany jest najpierw wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (przepis nie dotyczy oferty i przedmiotowych środków dowodowych). Dopiero w przypadku nieuzupełnienia właściwego (tj. m.in. potwierdzającego spełnienie warunku na dzień składania ofert) dokumentu w wyznaczonym terminie, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy.

Mimo zatem uznania ww. zarzutu za zasadny, Izba mając na uwadze ww. przepis, nie nakazała Zamawiającemu od razu odrzucenia oferty Przystępującego, ale nakazała najpierw wezwać go, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia wskazanego w SWZ podmiotowego środka dowodowego, tj.:

- zaświadczenia właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej) o sprawowaniu nadzoru nad stosowaniem zasad wdrożonego systemu HACCP, wydanego na podstawie art. 59 i 73 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia, lub

- protokołu z ostatniej kontroli sanitarnej przeprowadzonej przez właściwy organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej (bądź Wojskowej Inspekcji Sanitarnej), jako organ urzędowej kontroli żywności.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 573 i art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, niezależnie od liczby powołanych przez Odwołującego przepisów, zawierało w istocie dwa zarzuty: jeden dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego i drugi dotyczący niespełnienia warunku przez Przystępującego. Izba oddaliła pierwszy zarzut i uwzględniła drugi zarzut. Oznacza to, że Zamawiający i Odwołujący odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego po połowie.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się tylko wpis od odwołania (15.000 zł), gdyż Strony nie przedstawiły żadnych rachunków lub spisu kosztów (ew. faktur) potwierdzających poniesienie innych kosztów (patrz: § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia – „na podstawie rachunków lub spisu kosztów”). Oznacza to, że Zamawiający i Odwołujący odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.500 zł każdy z nich (1/2 z 15.000 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 15.000 zł, a powinien ponieść je w wysokości 7.500 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w wysokości 7.500 zł. Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 7.500 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca