

WYROK
z dnia 23 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 listopada 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 listopada 2023 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) NIRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Lider konsorcjum); (2) Alter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner); (3) Orin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner)** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Lider konsorcjum) oraz (2) Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Partner konsorcjum)** (Przystępujący), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

Jwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego – konsorcjum Catermed jak zawierającej błąd w obliczeniu ceny, następnie zaś powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

kosztami postępowania obciąża Przystępującego **(1) Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Lider konsorcjum) oraz (2) Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Partner konsorcjum)**,

następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **(1) NIRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Lider konsorcjum); (2) Alter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner); (3) Orin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner)** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Przystępującego (1) Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Lider konsorcjum) oraz (2) Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Partner konsorcjum)** na rzecz **Odwołującego - (1) NIRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Lider konsorcjum); (2) Alter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner); (3) Orin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów wpłaconego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 3362/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Usługę kompleksowego żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25/08/2023 r., numer ogłoszenia: 2023/S 163-515724.

Dnia 09 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 i 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023, poz. 1605 t.j. ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NIRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Lider konsorcjum) oraz Alter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner) oraz Orin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie (Partner) – dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego iu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (lider konsorcjum) oraz Naprzód Service Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (uczestnik konsorcjum) (zwanych dalej „Catermed”);

b) zaniechania czynności odrzucenia oferty Catermed;

c) ewentualnie zaniechania wezwania Catermed do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

d) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zarzuty naruszenia następujących przepisów:

a) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Catermed, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera

błąd w obliczeniu ceny;

b)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Catermed do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunku doświadczenia, w sytuacji gdy złożone pierwotnie podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku doświadczenia;

c)art. 16 pkt 1-2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Catermed, pomimo że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

d)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Catermed oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty Catermed jako najkorzystniejszej,

b)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonanie odrzucenia oferty Catermed,

c)ewentualnie wezwania Catermed do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

d)dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp to dokonałby odrzucenia oferty Catermed, co skutkowałooby uzyskaniem zamówienia przez Odwołującego (drugie miejsce w obecnej klasyfikacji ofert). Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem efektem wskazanych czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w dniu 31 października 2023 r. zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zatem odwołanie złożono w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Catermed, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny

Przedmiotem zamówienia jest usługa żywienia pacjentów. Zamawiający wymagał rozbicia ceny ofertowej na dwa niezależne elementy tj.:

- ryczałtową cenę za żywienie pacjentów za 24m-ce bez względu na stosowaną dietę,

- oraz cenę za przygotowanie mieszanek przez 24 m-ce sporządzonych przez kuchnię mleczną na podstawie cen jednostkowych zgodnie z formularzem asortymentowo cenowym.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wykonawca w ramach ceny ryczałtowej za całodienne wyżywienie pacjentów zobowiązany jest zapewnić odpowiednią ilość herbaty.

W tym przypadku herbata stanowi jedynie element usługi cateringowej i nie jest rozliczana

w sposób samodzielny. A zatem właściwe jest zastosowanie 8% stawki podatku VAT odpowiadającej kompleksowej usłudze cateringowej.

Natomiast w ramach realizacji części zamówienia dotyczących przygotowania mieszanek przez kuchnię mleczną, wykonawca zobowiązane jest do dostaw herbaty zgodnie z aktualnymi potrzebami Zamawiającego. Zamówienia w zakresie pozycji „herbata” rozliczane będą na podstawie ceny jednostkowej. Z uwagi na samodzielny charakter przedmiotowej pozycji właściwe jest zastosowanie 23% stawki podatku VAT odpowiadającej dostawie herbaty, niezależnie od sposobu serwowania.

W celu wyliczenia ceny za przygotowanie mieszanek należało wypełnić tabelę „Formularz asortymentowo-cenowy przygotowania mieszanek sporządzanych przez kuchnię mleczną”. W pozycji 44 przedmiotowej tabeli znajdowała się pozycja „Herbata”. Wykonawca Catermed do obliczenia ceny brutto przedmiotowej pozycji zastosował stawkę podatku VAT wynoszącą 8%. Jest to stawka nieprawidłowa. Każdy z wykonawców powinien zastosować stawkę wynoszącą 23%.

Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się przyjęcie przez wykonawcę do wyliczenia ceny niewłaściwej stawki podatku VAT. Takiego błędu co do zasady nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty. Błąd w obliczeniu ceny to każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Do obowiązków wykonawcy należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do właściwej stawki VAT. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie.

Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać każdy wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11). W takim przypadku posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia. Nie ma przy tym znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert.

W toku badania ofert, Zamawiający dwukrotnie kierował do Catermed wezwania

w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT do wyliczenia cen jednostkowych w ramach kuchni mlecznej. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Catermed nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi oraz wskazał, że w jego ocenie Zamawiający nie może weryfikować zastosowanych stawek podatku VAT do obliczenia cen jednostkowych w ramach kuchni mlecznej. Zamawiający zdecydował się na skierowanie kolejnego wezwania. W treści wezwania Zamawiający wskazał jednoznacznie, iż oczekuje przedstawienia zastosowanych stawek podatku VAT dla wszystkich cen

jednostkowych w ramach kuchni mlecznej oraz przedstawił własne stanowisko, potwierdzające konieczność zastosowania 23% stawki podatku VAT dla pozycji „Herbata” w ramach kuchni mlecznej. Odwołujący w pełni popiera interpretację przedstawioną przez Zamawiającego w wystosowanym do Catermed wezwaniu.

W odpowiedzi na ponowne wezwanie Catermed ponownie przedstawił rozbudowane stanowisko o braku możliwości weryfikacji prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT. Wykonawca w żaden jednak sposób nie zakwestionował faktu, iż do obliczenia ceny jednostkowej w pozycji „Herbata” zastosował 8% stawkę podatku VAT. Ponadto przedstawił uzasadnienie zastosowania tej właśnie stawki oparte na twierdzeniu, iż mamy do czynienia z usługą kompleksową, a herbata jest wyłącznie elementem posiłków serwowanych w ramach całodziennego wyżywienia. Według Odwołującego twierdzenia Catermed są niezgodne z dokumentacją postępowania.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że twierdzenie o braku możliwości weryfikacji zastosowanej stawki podatku VAT jest nieprawidłowe. Zamawiający wymagał przedstawienia w formularzu ofertowym łącznej ceny netto oraz brutto za przygotowanie mieszanek przez 24 m-ce sporządzonych przez kuchnię mleczną na podstawie cen jednostkowych zgodnie z formularzem asortymentowo-cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do formularza ofertowego. Ponadto, Zamawiający wymagał wypełnienia formularza asortymentowo-cenowego zawierającego ceny jednostkowe brutto dla poszczególnych pozycji.

Zamawiający posiadając wiedzę o wartości łącznej netto oraz brutto, a także wartości brutto poszczególnych pozycji mógł bez większych problemów ustalić zastosowane stawki podatku dla poszczególnych pozycji, czego najlepszym dowodem jest treść drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień. W celu potwierdzenia możliwości wyliczenia poszczególnych stawek podatku zastosowanych przez Catermed, Odwołujący przedstawił tabelę (dowód nr 1) opracowaną wyłącznie na podstawie danych znajdujących się w formularzu ofertowym. Tym samym, Zamawiający posiadając opisane wyżej informacje miał pełne prawo do ich weryfikacji w toku badania i oceny ofert.

Po drugie, z udzielonych przez Catermed wyjaśnień treści oferty wprost wynika, iż w odniesieniu do pozycji „Herbata” zastosowano 8% stawkę podatku VAT. Informacja ta pochodzi wprost od Catermed. Trudno zatem uznać, iż informacja o zastosowanej stawce podatku VAT nie może podlegać ocenie w toku badania i oceny ofert. Nie są prawdziwe twierdzenia Catermed o wprowadzaniu nowych informacji do oferty bądź zmianie oferty, skoro z oferty wprost wynika łączna wartość netto i brutto. Przedmiotem wyjaśnień była zatem jedynie weryfikacja przedstawionych w ofercie wartości.

Cena jednostkowa w pozycji „Herbata” stanowi samodzielną podstawę rozliczeń. Catermed w udzielonych wyjaśnieniach przedstawił interpretację, z której wynika, iż dostawa herbaty powinna być opodatkowana 8% stawką podatku VAT, bowiem mamy do czynienia z kompleksową usługą cateringową, w szczególności dlatego, iż herbata zawsze podawana będzie razem z posiłkami (w szczególności przywołując rozdział IV pkt 2.3.i OPZ) i nigdy nie będzie mieć charakteru samoistnego świadczenia. Zdaniem Odwołującego twierdzenia Catermed są błędne. Po pierwsze przywoływany wielokrotnie rozdział IV pkt 2.3.i OPZ dotyczy całodziennego wyżywienia pacjentów w ramach zryczałtowanej części zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje, iż dostawa całodziennego wyżywienia pacjentów obejmuje również dostawy herbaty w ramach posiłków i w tym zakresie powinna zostać zastosowana 8% stawka podatku VAT. Tak uczynił również sam Odwołujący. Podkreślić należy,

że w odniesieniu do całodziennego zryczałtowanego wyżywienia Zamawiający nie wymagał podawania żadnych cen jednostkowych produktów.

Jednakże czymś zupełnie innym są dostawy produktów opisane w rozdziale VI OPZ w ramach tzw. kuchni mlecznej. W odniesieniu do wszystkich pozycji (1-46) Zamawiający wymagał określenia cen jednostkowych, bowiem produkty te będą zamawiane w sposób odrębny, zgodnie z potrzebami Zamawiającego, a następnie rozliczane samodzielnie na podstawie cen jednostkowych. W celu potwierdzenia Odwołujący wskazał w szczególności na postanowienia Rozdz. VI ust. 6-10 OPZ oraz § 9 ust. 4 projektu umowy. Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że Zamawiający w ramach Rozdz. VI OPZ ma prawo do składania samodzielnych zamówień na poszczególne produkty wskazane w tabeli (pozycje od 1 do 46). Każde takie zamówienie będzie rozliczane samodzielnie na podstawie ceny jednostkowej. Nie ma zatem mowy o świadczeniu kompleksowej usługi cateringowej w ramach realizacji zamówień na podstawie Rozdz. VI OPZ.

Z całości dokumentacji wynika, iż dla żadnego uczestnika postępowania nie jest okolicznością sporną, że w przypadku potwierdzenia samoistności świadczenia polegającego na dostawach herbaty w ramach Rozdz. VI OPZ do obliczenia ceny jednostkowej brutto w pozycji 44 Herbata „Formularza asortymentowo-cenowego przygotowania mieszanek sporządzanych przez kuchnię mleczną” należało zastosować 23% stawkę podatku VAT. Jedynie z ostrożności, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług stawkę podatku, o którym mowa w art. 41 ust. 2 stosuje się do dostawy towarów i świadczenia usług klasyfikowanych według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), z wyłączeniem sprzedaży napojów innych niż wymienione w załączniku nr 3 do ustawy, w którym wyłączono obniżoną stawkę podatku VAT dla herbaty w tym jej przygotowania i podania. Odwołujący przywołał także na art. 41 ust. 12f pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług.

Odwołujący podkreślał w odwołaniu, że w dokumentach zamówienia nie określono jednej prawidłowej stawki VAT do zastosowania w zakresie pozycji „Herbata” dostarczanej w ramach kuchni mlecznej. Jeżeli Zamawiający opisując w SWZ sposób obliczenia ceny nie zawarł wskazania dotyczącego konkretnej stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i nie ma możliwości jej poprawienia w ramach omyłki.

Zgodnie z Rozdz. XXIV ust. 1 SWZ Zamawiający wskazał, że *łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty transportu wewnętrznego, koszty materiałów, sprzętu oraz wszystkie opłaty i podatki, obejmujące m. in. podatek od towarów i usług (VAT)*.”. Wybrany wykonawca wyliczył ceną jednostkową w pozycji „Herbata” (stanowiącą samodzielną podstawę rozliczeń) stosując nieprawidłową stawkę podatku VAT. Tym samym, oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z przedmiotowym postanowieniem SWZ.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy „Catermed” do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunku doświadczenia, w sytuacji gdy złożone pierwotnie podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku doświadczenia

Zamawiający w Rozdz. VIII pkt 4.2 SWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wykonał:

- należyście minimum 2 usługi polegające na kompleksowym żywieniu pacjentów w podmiotach wykonujących działalność leczniczą w ilościach żywieniowych nie mniejszych niż 390 osób dziennie każda, w zakresie prowadzenie kuchni ogólnej, prowadzenie kuchni mlecznej i gotowanie mieszanek leczniczych, specjalistycznych dla noworodków i małych dzieci, obsługę kuchenek oddziałowych i dystrybucję posiłków do łóżka pacjenta w tym minimum jednej usługi kompleksowego żywienia pacjentów w podmiotach wykonujących działalność leczniczą z zastosowaniem dystrybucji obejmującą żywienie pacjentów chorych na fenylketonurię i choroby rzadkie metaboliczne (np. L-CHAD).

Zamawiający jako usługę kompleksowego żywienia pacjentów rozumie jako jedną, pisemną umowę odpłatną – a nie sumę pojedynczych pisemnych zleceń realizowanych na rzecz tego samego podmiotu”.

Zgodnie z Rozdz. XI ust. 2 pkt 8 SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych usług oraz załączenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia.

Wykonawca Catermed w złożonym wykazie przedstawił m.in. usługę realizowaną na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Jana Pawła II (Umowa nr 156/2021/DZ) oraz potwierdził, że realizacja przedmiotowego zamówienia wiązała się z prowadzeniem kuchni ogólnej, prowadzeniem kuchni mlecznej i gotowaniem mieszanek leczniczych.

W rzeczywistości realizacja przedmiotowego zamówienia polegała jedynie na świadczeniu usług w zakresie żywienia pacjentów z kuchni zewnętrznej (catering). Przedmiotem zamówienia nie było zaś prowadzenie kuchni ogólnej, prowadzenie kuchni mlecznej i gotowanie mieszanek leczniczych. Podkreślenia wymaga, iż dokumentacja referencyjnego zamówienia jest ogólnodostępna i nie zawiera żadnych wymagań odnośnie prowadzenia kuchni ogólnej, prowadzenia kuchni mlecznej i gotowania mieszanek leczniczych. Tym samym, usługa ta nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Catermed w złożonym wykazie przedstawił m.in. usługę realizowaną na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku oraz potwierdził, że realizacja zamówienia wiązała się z prowadzeniem kuchni ogólnej, prowadzeniem kuchni mlecznej i gotowaniem mieszanek leczniczych.

W rzeczywistości realizacja referencyjnego zamówienia polegała jedynie na świadczeniu usług w zakresie żywienia pacjentów z kuchni zewnętrznej (catering). Przedmiotem zamówienia nie było zaś prowadzenie kuchni ogólnej, prowadzenie kuchni mlecznej i gotowanie mieszanek leczniczych. Podkreślenia wymaga, iż dokumentacja zamówienia jest ogólnodostępna i nie zawiera żadnych wymagań odnośnie prowadzenia kuchni ogólnej, prowadzenia kuchni mlecznej i gotowania mieszanek leczniczych. Tym samym, usługa ta nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Należy wyjaśnić, iż treść warunku udziału nie ogranicza się wyłącznie do przygotowywania i dystrybucji posiłków do pacjenta, ale przede wszystkim Zamawiający wymagał, aby przygotowywanie posiłków odbywało się w udostępnionych pomieszczeniach (kuchni Zamawiającego). Opis warunku udziału jednoznacznie wskazuje, iż usługa referencyjna nie może być traktowana jako usługa żywienia pacjentów w formie cateringu (tj. dowóz posiłków z kuchni nie będącej przedmiotem zamówienia). Ponadto, Zamawiający w rozdz. VIII pkt.4.2 SWZ jednoznacznie wskazał, iż jako usługę kompleksowego żywienia pacjentów rozumie jedną, pisemną umowę odpłatną – a nie sumę pojedynczych pisemnych zleceń realizowanych na rzecz tego samego podmiotu. W rezultacie referencje przedstawione przez Catermed nie potwierdzają spełnienia warunku opisanego w rozdz. VIII pkt.4.2. SWZ. Z dokumentacji tych postępowań wynika, iż wszystkie usługi realizowane były z kuchni zewnętrznej, która nie była dzierżawiona w ramach jednej umowy związanej z kompleksowym żywieniem pacjentów.

Odwolujący podał także, iż realizacja zamówienia na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku odbywała się przez konsorcjum czterech wykonawców: Vendi Servis Sp. z o.o., Catermed Sp. z o.o., Jol-Mark Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. Obecnie o zamówienie ubiegają się wyłącznie jeden z tych podmiotów tj. Catermed Sp. z o.o. Z dokumentacji postępowania przeprowadzonego przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, wynika że udział Vendi Servis Sp. z o.o., Jol-Mark Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. w realizacji zamówienia był bardzo istotny, co uniemożliwia Catermed powoływanie się na cały zakres tamtego zamówienia.

Kwestia możliwości wykorzystania całości doświadczenia konsorcjum z samego tytułu bycia stroną umowy konsorcjalnej została definitywnie rozstrzygnięta przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE w sprawie C387/14 *Esaprojekt* orzekł bowiem, że artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Tym samym Trybunał uznał, że można wykazywać się doświadczeniem jedynie w zakresie, jaki rzeczywiście dany podmiot wykonywał. Doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, lecz poprzez konkretne czynności realizowane w jego ramach.

Problematyka doświadczenia uzyskanego jako członek konsorcjum była analizowana także przez Naczelną Sąd Administracyjny. W jednym z orzeczeń (wyrok z dnia 1 lutego 2018 r. sygn. akt II GSK 4133/17, źródło: Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych www.orzeczenia.nas.gov.pl) wyrażono następujący pogląd: „Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z jego uczestników. Każdy z wykonawców w

ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. Trafnie stwierdził Sąd I instancji, że doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych.”

Przedmiotowa kwestia powinna zostać także wyjaśniona przez Zmawiającego w trybie wezwania z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Catermed, pomimo, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

Zdaniem Odwołującego informacje dotyczące zakresu zrealizowanych zamówień zamieszczone w wykazie usług nie odpowiadają rzeczywistości zakresowi zrealizowanych zamówień. Złożony wykaz usług wywołał mylne wrażenie u Zamawiającego, iż wskazane zamówienia odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu. Z całą pewnością obowiązkiem wykonawcy jest weryfikacja dokumentów ofertowych, w szczególności w tak newralgicznym zakresie jak warunki udziału w postępowaniu. Ewentualny brak działania w tym zakresie może obciążać tylko i wyłącznie wykonawcę. Brak weryfikacji przedkładanych dokumentów oznacza, iż Wykonawca nie dochował należytej staranności. Wielokrotnie zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że brak dochowania przez wykonawcę należytej staranności, do której jest on zobowiązany przy złożeniu oferty, nie zwalnia go od odpowiedzialności za wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Opisany wykaz usług został przekazany przez Wykonawcę Catermed w celu zyskania nieuczciwej przewagi nad konkurencją i uzyskania zamówienia. Uwzględniając szczególnie charakter przedmiotu zamówienia, jest to działanie sprzeczne z dobrym obyczajem i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sprzeczne z dobrym obyczajem jest również wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Catermed, który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dopuszcza się niewątpliwie działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia. Działanie Wykonawcy Catermed naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia. Naruszało także interes Zamawiającego, przez narażenie go na realizację zamówienia przez osobę nieposiadającą oczekiwanego fachowego doświadczenia i wysokich kompetencji.

Zamawiający w postępowaniu nie przewidział jako podstawy wykluczenia fakultatywnej przesłanki w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Jednakże obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na wprowadzeniu zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących doświadczenia w realizacji usług przez wykonawcę, wskazywanego w ramach warunku udziału w postępowaniu. Sam fakt, że Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, nie oznacza,

że nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. W tym zakresie bowiem właściwym instrumentem jest przesłanka z artykułu 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podziela stanowisko, iż „*brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo potwierdzają spełnienie warunku udziału. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia*” (KIO 5/22). Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W orzecznictwie KIO niejednokrotnie podkreśla się, iż fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Dla zastosowania tego przepisu nie ma również znaczenia wina wykonawcy oraz stan jego świadomości, a także to, że nieprawdziwe informacje zostały złożone wraz dokumentami sporządzonymi przez inne osoby niż wykonawca. Ocena wpływu na wynik ma umożliwić eliminację z postępowania tylko tych wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Takiej rękojmi nie daje wykonawca, który składa nieprawdziwą informację w celu wywołania u zamawiającego przekonania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Winnym poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji jest ten, kto złoży nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Oznacza to, że winą wykonawcy jest samo złożenie nieprawdziwych informacji, przy czym nie ma znaczenia, z jakich okoliczności ten fakt wynikł, a już w szczególności, czy była to wina umyślna czy nieumyślna, gdyż znaczenie ma obiektywny fakt, że informacje są nieprawdziwe, a nie subiektywne o tym przekonanie wykonawcy.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu w sytuacji, gdy dokument ten jest dokumentem – co do zasady – podlegającym uzupełnieniu. Niedopuszczalne jest więc zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Uzasadnione jest to koniecznością eliminacji wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez umożliwienia mu uzupełnienia dokumentów.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Catermed oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego

Przez nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której postępowanie straciło walor przejrzystości. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „*Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności*”

(wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

W niniejszej sprawie Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Catermed. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, w postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Catermed, pomimo że nie jest ona najkorzystniejsza. Zatem taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący wykazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum

w składzie: 1) Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

(Lider konsorcjum) oraz (2) Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Łodzi (Partner konsorcjum). Izba uznała skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

W dniu 20 listopada 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący złożył pisemny sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania i wnosil o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia było:

1) świadczenie usług kompleksowego żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu hospitalizowanych w obiektach położonych przy ul. H. Kamieńskiego 73a, 51 – 124 Wrocław - *zwanym dalej Szpitalem* oraz przy ul. Poświęckiej 8, 51 – 128 Wrocław - *zwanym dalej Oddziałem Zamiejscowym*.

2) udostępnienie (najem oraz użyczenie) powierzchni w celu umożliwienia Wykonawcy realizacji obowiązków w siedzibie Zamawiającego. Szczegółowe zasady najmu oraz użyczenia określała SWZ. Wykonawcę w związku z udostępnieniem powierzchni obciążają obowiązki dostosowania ich do prowadzonej działalności polegające m.in. na:

- doposażenie kuchni centralnej, kuchni mlecznej, zmywalni oraz kuchenek oddziałowych szpitala, kuchenek oddziałowych w Oddziałach Zamiejscowych w sprzęt niezbędny do realizacji w sposób właściwy przedmiotowego zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W trakcie trwania usługi Zamawiający nie dopuścił, bez zgody Zamawiającego, możliwości dostarczania posiłków dla pacjentów z innej kuchni zewnętrznej.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali następujące warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert

(a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wykonał należycie minimum 2 usługi polegające na kompleksowym żywieniu pacjentów w podmiotach wykonujących działalność leczniczą w ilościach żywieniowych nie mniejszych niż 390 osób dziennie każda, w zakresie prowadzenie kuchni ogólnej, prowadzenie kuchni mlecznej i gotowanie mieszanek leczniczych, specjalistycznych dla noworodków i małych dzieci, obsługę kuchenek oddziałowych i dystrybucję posiłków do łóżka pacjenta.

oraz

minimum jednej usługi kompleksowego żywienia pacjentów w podmiotach wykonujących działalność leczniczą z zastosowaniem dystrybucji obejmującą żywienie pacjentów chorych na fenylketonurię i choroby rzadkie metaboliczne (np. L-CHAD)

Zamawiający jako usługę kompleksowego żywienia pacjentów rozumie jako jedną, pisemną umowę odpłatną – a nie sumę pojedynczych pisemnych zleceń realizowanych na rzecz tego samego podmiotu.

W przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia przynajmniej jeden z członków konsorcjum lub podmiot udostępniający zasoby w postaci doświadczenia musi samodzielnie spełniać warunek w tym zakresie.

Celem potwierdzenia spełnienia warunków, na wezwanie Zamawiającego należało złożyć 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.

Co do sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał, że łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty transportu wewnętrznego, koszty materiałów, sprzętu oraz wszystkie opłaty i podatki, obejmujące m. in. podatek od towarów i usług (VAT).

Ceny muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku według zasady, że trzecia cyfra po przecinku od 5 w górę powoduje zaokrąglenie drugiej cyfry po przecinku w górę o 1. Jeżeli trzecia cyfra po przecinku jest niższa od 5, to druga cyfra po przecinku nie ulega zmianie.

Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację zamówienia, określone zostały w wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ.

Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich.

Zamawiający załączył do SWZ formularz asortymentowo – cenowy dla przygotowania mieszanek sporządzanych przez kuchnię mleczną, w którym wymagał podania ceny jednostkowej brutto i wartości za 24 miesiące brutto. W pozycji 44 formularza umieścił „herbatę”. W przypadku pozostałej części zamówienia wymagał podania ryczałtowej ceny za żywienie pacjentów.

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył Wykaz usług, gdzie wskazał 2 wykonane usługi na rzecz:

- 1) Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Jana Pawła II, ul. w Krakowie;
- 2) Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku.

Krakowski Szpital Specjalistyczny w referencjach z dnia 11 września 2023 roku potwierdziło, że Przystępujący świadczy kompleksową usługę przygotowania i dostarczenia całodobowego żywienia pacjentów Ośrodka wraz z obsługą kuchennek oddziałowych. Potwierdzono należyte wykonanie usługi, zgodnie z umową.

Z referencji wystawionych przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku wynikało, że konsorcjum Vendi Servis, Catermed, Jol-Mark oraz Naprzód świadczyło kompleksowe usługi w zakresie żywienia pacjentów dorosłych i dzieci oraz posiłków profilaktycznych, dostawy produktów żywnościowych, przygotowanie mieszanek w kuchni mlecznej, dystrybucja posiłków w Ośrodku. Potwierdzono wykonanie usług zgodnie z umową.

Przystępujący, w dniu 11/10/2023 roku, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W wezwaniu Zamawiający wskazał, że w formularzu ofertowym w Rozdziale III Cena Oferty w punkcie 2) (kuchnia mleczna) podano w ofercie kwotę netto i brutto za przygotowanie mieszanek przez 24 m-ce sporządzonych przez kuchnię mleczną na podstawie cen jednostkowych zgodnie z formularzem asortymentowo cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do formularza ofertowego.

W związku z powyższym, że Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić poprawności tych wyliczeń, Zamawiający, zgodnie z zasadą równego traktowania, wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastosowania danej stawki podatku Vat,

do wszystkich pozycji mieszanek mlecznych określonych w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego tj. formularz asortymentowo cenowy przygotowania mieszanek sporządzanych przez kuchnię mleczną.

Przystępujący odpowiadając na wezwanie wskazał, że odpowiedzialność za prawidłową klasyfikację usług wchodzących w zakres składanej oferty cenowej spoczywa na wykonawcy składającym ofertę.

Oferta została przygotowana prawidłowo, z zastosowaniem właściwych stawek podatku VAT. Wykonawca wypełnił formularz oferty (załącznik nr 1 do oferty) zgodnie

z wymogami Zamawiającego. W przygotowanym przez Zamawiającego formularzu ofertowym w Rozdziale III Cena Oferty w punkcie 2) (kuchnia mleczna) została wskazana kwota netto i brutto za przygotowanie mieszanek przez 24 m-ce sporządzonych przez kuchnię mleczną, na podstawie cen jednostkowych zgodnie z formularzem asortymentowo cenowym. Zamawiający nigdzie nie wymagał wskazywania stawek VAT.

Jednocześnie wskazano, że podstawę zastosowanych przez Wykonawcę w ofercie stawek podatku VAT stanowi Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2004 nr 54 poz. 535).

Wykonawca nie widzi zatem podstaw wzywania do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastosowania danej stawki podatku VAT, gdyż Zamawiający nie wymagał tego na poziomie składania oferty. Jednym z kryterium oceny oferty koszt (K) oferty, gdzie Zamawiający bierze pod uwagę całkowitą cenę brutto (za okres 24 miesięcy) pomniejszoną o 24 - miesięczną wartość kwoty obniżenia wpłaty na PFRON. Jak wynika z powyższego Zamawiający nie przewidział badania stawek VAT.

Następnie, w dniu 25/10/2023 roku, Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zamawiający w wezwaniu przywołał treść złożonych wyjaśnień i zaznaczył,

że w świetle powyższych wyjaśnień Wykonawcy oraz posiadanej przez Zamawiającego wiedzy, Zamawiający wskazał, że w pozycjach od 1 do 43 oraz pozycji 45 formularza asortymentowo cenowego mieszanek sporządzonych przez kuchnię mleczną winna być zaoferowana 8% stawka podatku VAT, stosownie do treści przepisu art. 41 ust. 12F

w związku z art. 41 ust. 2 i w związku z art. 146 aa ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U.2023.1570).

Zamawiający poinformował, że rozstrzygającą kwestią w zakresie zastosowania stawki VAT jest to, czy mamy do czynienia z usługą gastronomiczną, czy odsprzedażą asortymentu wskazanego w Załączniku nr 1 do oferty. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a wymienionymi powyżej opisane elementy usługi powinny zostać zakwalifikowane jako usługa gastronomiczna opodatkowana 8% stawką podatku VAT (na podstawie art. 41 ust. 12F w związku z art. 41 ust. 2 i w związku z art. 146aa ustawy o VAT), gdyż przedmiotem zamówienia jest przygotowanie i dostarczenie wcześniej przetworzonych przez podatnika towarów przy użyciu niezbędnych środków produkcji, czyli przygotowanie mieszanek i obsługa całego procesu technologicznego od momentu umycia butelek do podania gotowej mieszanki pacjentowi na oddziale, stanowiących w konsekwencji kompleksową usługę gastronomiczną opisaną m.in. w OPZ rozdz.VI pkt.13 Załącznik nr 10 do SWZ.

Zastosowanie innej stawki byłoby niewłaściwe, albowiem w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z odsprzedają wcześniej zakupionych towarów do samodzielnego przygotowania przez personel medyczny szpitala bez udziału personelu wykonawcy i innych istotnych elementów składowych usługi, a tylko taka odsprzedaż asortymentu uzasadniałaby zastosowanie innej stawki podatku VAT.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wskazał, że wyjątkiem od powyższego, jest poz. 44 formularza „Herbata” i poz. 46 formularza „Butelki sterylne” dla których to towarów należy zastosować podstawową stawkę VAT 23% zgodnie z przepisami art.41 ust.1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług. Stawkę podatku, o którym mowa w art. 41 ust. 2 stosuje się do dostawy towarów i świadczenia usług klasyfikowanych według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z żywnością (PKWiU 56), z wyłączeniem sprzedaży napojów innych niż wymienione w Załączniku nr 3 do ustawy, w którym wyłączono obniżoną stawkę podatku VAT dla herbaty, w tym jej przygotowania i podania. Jednocześnie zdaniem Zamawiającego do poz. 46 formularza „Butelki sterylne” winna być zastosowana podstawowa stawka podatku VAT, która wynika z obowiązujących przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U.2023.1570), z uwagi na fakt, że butelka nie jest objęta obniżoną stawką podatku VAT, ani nie jest z tego podatku zwolniona.

Weryfikacja podanych przez Wykonawcę jednostkowych cen brutto mieszanek mlecznych (poz. od 1 – do 45) oraz łącznej kwoty netto dla tych pozycji, wskazuje na zastosowanie przez Wykonawcę 8% stawki VAT dla poz. 44 „Herbata”.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastosowania danej stawki podatku Vat, dla wszystkich (tj. poz. 1 do poz. 45) mieszanek mlecznych określonych w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego

tj. formularz asortymentowo cenowy przygotowania mieszanek sporządzanych przez kuchnię mleczną.

W wyjaśnieniach ponownie zwrócono uwagę, że formularz oferty wypełniono zgodnie z wymogami SWZ oraz wypełniając konkretny druk wskazany przez Zamawiającego.

W formularzu ofertowym w Rozdziale III Cena Oferty w punkcie 2) (kuchnia mleczna) podano zgodnie z wymogiem Zamawiającego kwotę netto i brutto za przygotowanie mieszanek przez 24 m-ce sporządzonych przez kuchnię mleczną na podstawie cen jednostkowych zgodnie

z formularzem asortymentowo cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do formularza ofertowego, tj. cena jedn. brutto, w której to również wartość 24 mies. była wskazywana brutto. Zamawiający nigdzie nie wymagał wskazywania stawek podatku VAT.

Wykonawca nie widzi podstaw wzywania do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastosowania danej stawki podatku VAT, gdyż sam Zamawiający nie wymagał tego na poziomie składania oferty. Jednym z kryterium oceny oferty koszt (K) oferty, gdzie Zamawiający bierze pod uwagę całkowitą cenę brutto (za okres 24 miesięcy) pomniejszoną o 24 - miesięczną wartość kwoty obniżenia wpłaty na PFRON. Zatem kwestia zastosowanej stawki podatku VAT nie ma znaczenia, gdyż Zamawiający nie wymagał jej wskazania.

W doktrynie orzeczniczej już na łamach poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z 2004 r. badane były przypadki, gdy Zamawiający próbował oceniać/badać elementy oferty – których nie wskazał lub nie wymagał zapisami SWZ. Zgodnie z wyrokiem KIO 2294/12 *Poglądem jednolicie wyrażanym w doktrynie i orzecznictwie jest, że czynności dokonywane przez zamawiającego w toku postępowania muszą mieć umocowanie w przepisach prawa i wymaganiach specyfikacji lub ogłoszenia zamówieniu. Badanie ceny oferty może zatem nastąpić wyłącznie w odniesieniu do sposobu jej obliczenia wskazanego w specyfikacji. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. następuje w sytuacji, gdy opisane w specyfikacji wymagania zamawiającego w tej mierze nie zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy*. Ponadto, według J. E. Nowickiego [w:] "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", J. E. Nowicki, M. Kolecki, wyd. IV, WKP 2019, "Zamawiający może nie wymagać podania w ofercie stawki podatku VAT (zob. wyrok KIO z 13.11.2012 r., sygn. akt KIO 2360/12, LEX nr 1228890). W takim jednak przypadku zamawiający nie może później skutecznie dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., powołując się na błąd w obliczeniu ceny z powodu zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT”.

Pogląd ten pozostaje aktualny, w świetle przepisów nowej ustawy prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przykładowo stanowisko Wykonawcy znajduje oparcie w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”). Jak KIO trafnie stwierdziła w wyroku z dnia 21 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 879/22: [..]Izba doszła do wniosku, że bezzasadny jest wywód Odwołującego zmierzający do wykazania błędu w obliczeniu stawki podatku VAT, skoro przedmiotowy formularz w ogóle nie wskazywał na obowiązek określenia w nim wysokości stawki podatku VAT. Nie ma zatem podstaw do wzywania do wyjaśnień kwestii, której Zamawiający nie uwzględnił w treści dokumentów zamówienia. Jeśli chodzi zaś

o kwestię występowania podstaw do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień

w zakresie zastosowanej przez nich w ofertach stawki podatku VAT, w sytuacji, gdy zamawiający wymagał od nich podania jedynie cen brutto, w pierwszej kolejności uwagę warto zwrócić na fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6.11.2012 r., sygn. akt KIO 2294/12, gdzie wskazano, że „Nawiązując do sentencji uchwał Izba zważyła, że nie każdy błąd w zakresie stawki podatku powinien nieść skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Po pierwsze: Nie można pomijać okoliczności danego przypadku, w tym sposobu obliczania ceny wskazanego przez zamawiającego stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Poglądem jednolicie wyrażanym w doktrynie i orzecznictwie jest, że czynności dokonywane przez zamawiającego w toku postępowania muszą mieć umocowanie w przepisach prawa i wymaganiach specyfikacji lub ogłoszenia zamówieniu. Badanie ceny oferty może zatem nastąpić wyłącznie w odniesieniu do sposobu jej obliczenia wskazanego w specyfikacji. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. następuje w sytuacji, gdy opisane w specyfikacji wymagania zamawiającego w tej mierze nie zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy”. Ponadto, według J. E. Nowickiego [w:] "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", J. E. Nowicki, M. Kolecki, wyd. IV, WKP 2019, "Zamawiający może nie wymagać podania w ofercie stawki podatku VAT (zob. wyrok KIO z 13.11.2012 r., sygn. akt KIO 2360/12, LEX nr 1228890). W takim jednak przypadku zamawiający nie może później skutecznie dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., powołując się na błąd w obliczeniu ceny z powodu zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT”.

Co więcej, w kontekście powyższego warto przytoczyć słuszne stanowisko KIO, wyrażone w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2759/21: *Izba prezentuje pogląd, że w rozpoznawanym stanie faktycznym niedopuszczalnym jest zastosowanie instytucji [o której mowa w art. 223 ust. 1 p.z.p. - uwaga własna], ponieważ nie mielibyśmy do czynienia z wyjaśnieniem treści oferty, która jest niejasna i wymaga wyjaśnienia. Informacja uzyskana ze strony Odwołującego w ten sposób stanowiłaby dodanie informacji, które nie znalazły się w pierwotnie złożonej ofercie. Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą Izby procedura wyjaśnienia treści oferty znajduje zastosowanie w sytuacji wątpliwości*

związanych z treścią oferty natomiast nie może służyć jej dodaniu do oferty. Z tych względów Izba doszła do przekonania, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nieprawidłowym byłoby jej zastosowanie. Podobnie w wyroku z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 255/23:

W ramach dokonywania oceny ofert, wykluczona jest możliwość uzupełniania, uszczegóławiania czy zmiany zasad oceny ofert poprzez badanie ofert w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany w treści SWZ lub w sposób zmieniony w stosunku do treści określonej w SWZ. Ustawa p.z.p. nie pozwala także na odstępowanie od reguł, które wynikają z obowiązującego brzmienia specyfikacji.

Niedopuszczalna jest zatem praktyka dokonywania oceny ofert w sposób odmienny niż opisany w udostępnionej wykonawcom dokumentacji zamówienia. W konsekwencji, uprawniony jest wniosek, że treść wezwania Zamawiającego prowadzi do konieczności złożenia przez Wykonawcę oświadczenia, którego pierwotnie w ofercie nie było – Zamawiający wymagał bowiem w formularzu ofertowym, w części dotyczącej usług związanych z kuchnią mleczną, podania wyłącznie cen brutto. Oświadczenie w przedmiocie stawek VAT nie może zatem w ogóle być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ nie może prowadzić do zmiany treści oferty w myśl art. 223 ust. 1 zd. 2 p.z.p.

Logiczne jest zatem, że skoro w ofercie nie było oświadczenia w przedmiocie stawki VAT, to jej wyjaśnienia nie mogą prowadzić do jego pojawienia się, bo byłaby to niedozwolona nowość w ofercie; nie może ono zatem być podstawą do działań na etapie badania oferty.

Jedynie z ostrożności, niżej Wykonawca wyjaśnił, że zgodnie z art. 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego nr 282/2011 (z dnia 15 marca 2011 r. ustanawiające środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej) usługi restauracyjne i cateringowe oznaczają usługi polegające na dostarczaniu gotowej lub niegotowej żywności lub/i napojów przeznaczonych do spożycia przez ludzi wraz z odpowiednimi usługami wspomagającymi, pozwalającymi na ich natychmiastowe spożycie. Dostarczanie żywności i/lub napojów stanowi jedynie element większej całości, w której muszą przeważać usługi.

Usługi wykonywane na rzecz Zamawiającego są usługami cateringowymi – **kompleksowymi**, które zgodnie z powyżej przytoczonym przepisem definiowane są jako usługi cateringowe polegają na świadczeniu usług poza lokalem Wykonawcy.

Usługa cateringowa, składa się z szeregu usług, w tym przypadku kompleksowego żywienia pacjentów w którego skład wchodzi przygotowanie całodziennego żywienia pacjentów oraz sporządzanie mieszanek wymienionych w załączniku nr 1 do oferty tabela Formularz asortymentowo cenowy przygotowania mieszanek przygotowanych przez kuchnię mleczną – pozycje 1-45.

Każdy koszt bezpośrednio związany z dostawą towarów lub świadczeniem usług, którym dostawca obciążył nabywcę lub klienta, powinien być włączony do podstawy opodatkowania. Zasada włączenia tych świadczeń do podstawy opodatkowania oznacza,

że wartości tego typu kosztów, których ciężar przerzucany jest na nabywcę, nie wykazuje się jako odrębnego świadczenia, lecz traktuje, jako element świadczenia zasadniczego,

z zastosowaniem stawki podatku właściwej dla świadczenia zasadniczego.

Wynika z tego, że wszystkie koszty, jako element świadczenia zasadniczego, powinny zwiększać kwotę należną od nabywcy z tytułu świadczenia usługi i być opodatkowane według stawki podatkowej właściwej dla świadczonej usługi głównej. Zatem wszystkie pozycje formularza, wymienione w numerach od 1 do 45, powinny być wycenione według tej samej stawki VAT.

Stąd, nie można się zgodzić z zapatrywaniem przedstawionym przez Zamawiającego, że właściwą dla podania herbaty jest stawka podatku 23% w rubryce nr 44, mimo że zdaniem Zamawiającego pozostałe rubryki podlegają stawce 8%. Idąc tą interpretacją, uwzględniając w opisie przedmiotu zamówienia herbatę do kolacji (rozdział IV pkt 2.3.i – mowa tam o gorącym napoju, podawanym do posiłku) czy do II śniadania należałoby wydzielać ją z usługi całodziennego i wskazywać odrębną stawką VAT. Usługa żywienia pacjentów, która w tym przypadku obejmuje również przygotowanie mieszanek mlecznych,

w tym herbaty, powinna być opodatkowana wspólną stawką VAT, gdyż podanie tylko posiłku bez napoju bądź podanie samego napoju bez posiłku w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa żywienia pacjentów, nie może stanowić samodzielnej usługi, ponieważ nie ma charakteru samoistnego świadczenia – w każdej z tej konfiguracji pacjentowi do pełnego wyżywienia brakuje bądź posiłku, bądź napoju, dlatego zupełnie naturalne jest ich podawanie razem, co przesądza o kompleksowym charakterze usługi.

Za rodzaj stawki zastosowanej w rozliczeniu podatkowym odpowiada Wykonawca. Zamawiający ocenia tylko kwotę brutto.

Dodatkowo, warto podkreślić, że napój gorący, podawany zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia do posiłku (rozdział IV pkt 2.3.i), nie jest wyceniany w formularzu ofertowym osobno, lecz w cenie osobodnia, w ramach ryczałtowej ceny za żywienie pacjentów za 24m-ce bez względu na stosowaną dietę. Logiczne jest zatem, że w każdym wypadku podanie pacjentowi czy to gorącego napoju, czy herbaty jest elementem usługi kompleksowej.

Nielogiczna jest w takim wypadku interpretacja, że w przypadku tego samego zamówienia podanie napoju raz jest elementem usługi kompleksowej, a w innym wypadku samoistnym świadczeniem.

Stosowanie jednolitej stawki VAT w odniesieniu do całej usługi kompleksowej ma swoje potwierdzenie w licznych interpretacjach podatkowych. Takie stanowisko znalazło się między innymi w interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Podatkowej z 27 marca 2018 r. (znak 0112-KDIL1-3.4012.39.2018.2.IT). Dyrektor KIS uznał między innymi, że „usługa taka, jeżeli może zostać uznana za usługę o charakterze złożonym, podlega opodatkowaniu jednolitą stawką podatku od towarów i usług, właściwą dla świadczenia podstawowego, głównego”.

Natomiast dla pozycji 46 załączniku nr 1 do oferty tabela Formularz asortymentowo cenowy przygotowania mieszanek przygotowanych przez kuchnię mleczną, pozycja 46 stanowi dostawę butelki sterylnej – jako sprzedaż towaru, a nie usługę gastronomiczną – przygotowania posiłku i jest opodatkowana stawką VAT 23%.

Stąd, w pozycjach 1-45 w/w formularza stawka VAT musi być jednolita z uwagi na kompleksowość usługi. Odrębną stawką może się wykazywać wyłącznie pozycja nr 46. Przystępujący zaznaczył, iż na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa odpowiedzialność za prawidłową klasyfikację usług wchodzących w zakres składanej oferty cenowej.

Zamawiający ostatecznie uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „Catermed”, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny - potwierdził się częściowo.

Sporną kwestią jest ocena prawnopodatkowa stanu faktycznego, wynikającego z przyjęcia przez Przystępującego w ofercie jednolitej stawki podatku VAT dla wszystkich świadczeń objętych treścią oferty dla części przygotowywania mieszanek w ramach prowadzenia kuchni mlecznej.

Izba uważa, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki podatku od towarów i usług dla pozycji 44 „herbata” formularza asortymentowo – cenowego.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie

i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (tak uchwala Sąd Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11).

W uchwale tej wskazano, że „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego,

a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert.”

W dalszej części Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i ich chronologia badania ofert warunkowane są treścią SWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty

i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT

w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie mamy wówczas do czynienia z przesłanką niezgodności oferty z SWZ, brakuje dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki

w postaci zaistnienia niezgodności. W ostatniej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT przy jej nieuwzględnieniu w SWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny.

Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia.”

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w SWZ nie określił stawek podatku VAT, przy czym jednoznacznie podkreślić należy, iż nie oznacza to, że Zamawiający nie był uprawniony czy zobowiązany do weryfikacji prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek. Podatek VAT, jak wskazano w uchwale SN, jest elementem cenotwórczym, i jako taki podlega sprawdzeniu w ramach badania i oceny ofert. Jak celnie zauważył w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący, Zamawiający wymagał przedstawienia w formularzu ofertowym łącznej ceny netto oraz brutto za przygotowanie mieszanek przez 24 m-ce sporządzonych przez kuchnię mleczną na podstawie cen jednostkowych.

Zatem Zamawiający dysponując tymi danymi był w stanie zweryfikować poprawność zastosowanych przez Przystępującego stawek, czego dowodem są dwa wezwania do złożenia wyjaśnień skierowane w toku postępowania do Przystępującego. Błędne jest stanowisko Przystępującego, że skoro Zamawiający nie określił w SWZ stawek podatku, nie posiada on uprawnienia, by ten element ceny badać. Zamawiający w SWZ zaznaczył jasno, że *„cena łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane*

z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty transportu wewnętrznego, koszty materiałów, sprzętu oraz wszystkie opłaty i podatki, obejmujące m. in. podatek od towarów i usług (VAT). Przez zakres wymaganych w formularzach danych i nieokreślenie stawki podatku VAT w SWZ Zamawiający nie mógłby poprawić błędnie wskazanej stawki. Dlatego też orzecznictwo, które przywoływał Przystępujący w stanowisku pisemnym i na rozprawie było nieadekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego. Zamawiający ma jednak możliwość zbadania, czy wykonawca zastosował się do opisanego sposobu uwzględnienia w cenie oferty wszystkich wymaganych kosztów, w tym stawki podatku w prawidłowej wysokości w stosunku do przedmiotu świadczenia.

Z oświadczeń złożonych przez Przystępującego wynika, że zastosował on w spornym zakresie jednolitą stawkę podatkową kierując się kompleksowością świadczenia. Natomiast Odwołujący uważa, że mamy do czynienia z odrębnymi świadczeniami.

Izba kierując się opisem przedmiotu zamówienia sporządzonym przez Zamawiającego, uwzględniając ustalony sposób rozliczenia, odmienny dla prowadzenia kuchni ogólnej i kuchni mlecznej uznała, że w przypadku kuchni mlecznej nie mamy do czynienia ze świadczeniem o charakterze kompleksowym.

Zagadnienie świadczeń złożonych było przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, TSUE stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno

być traktowane jako odrębne

i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał podkreślał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Trybunał w orzeczeniu tym podkreślił, że świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT.

Natomiast w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën, TSUE wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałyby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...).

Opierając się na powyższym orzecznictwie należy stwierdzić, że jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. Jeżeli jednak świadczenia stanowią dla nabywcy całość ekonomiczną, nie należy ich sztucznie rozdzielać.

W przedmiotowym postępowaniu, choć w obu jego częściach mamy do czynienia z tożsamym produktem (herbata), Zamawiający wyodrębnił powyższy produkt i odmiennie potraktował go dla celów rozliczeniowych. Wbrew zatem twierdzeniom Przystępującego,

w przypadku prowadzenia kuchni mlecznej, nie możemy mówić o kompleksowości świadczenia. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia w części VI Zamawiający ma prawo zamawiać produkty odrębnie i rozliczać je samodzielnie. Abstrahując od odpowiedzi na pytanie, czy herbata w przypadku dostarczania jej w ramach części zamówienia dotyczącej dostarczenia mieszanek, może być traktowana jako odrębny posiłek, dostrzec należy, iż może być ona zamówiona samodzielnie i nie musi być elementem obowiązkowym dostarczonym wraz z konkretną mieszanką mleczną lub zupką. Nie jest więc świadczeniem pobocznym, czy też dodatkowym w ramach świadczenia głównego. Pozycję tę uznać raczej należy za odrębne świadczenie. Natomiast w przypadku części zamówienia odnoszącej się do kuchni ogólnej, w części IV opisu przedmiotu zamówienia wprost wskazano, że herbata jest elementem składowym dostarczanych porcji żywieniowych. Dla tej części zamówienia Zamawiający wprost wymagał podania ceny ryczałtowej, co pośrednio traktować można jako wskazówkę, że przedmiot świadczenia w ramach tej ceny traktowany jest jako kompletna całość. Odrębne reguły wprowadzono natomiast dla przedmiot zamówienia opisanego w ramach prowadzenia kuchni mlecznej. Izba nie podziela także stanowiska Przystępującego, że usługę dostarczenia herbaty w ramach całego zamówienia należy traktować jednolicie. Gdyby tak było, to w formularzu asortymentowo – cenowym Zamawiający nie wymagałby podania ceny jednostkowej za tę dostawę i niezbędną ilość produktu oszacowałaby w ramach ceny ryczałtowej przy posiłkach. Zamawiający zaś nie tylko opisał dostawę tego produktu oddzielnie ale wskazał odrębne ilości w ramach poszczególnych rodzajów kuchni.

Warto zauważyć natomiast, że Przystępujący kompleksowość świadczenia wywodził właśnie z części IV opisu przedmiotu zamówienia, podczas gdy część VI opisu przedmiotu zamówienia wprost odnosi się do kwestii spornych. Okoliczności, od których zależy zakwalifikowanie świadczeń jako odrębnych lub jako pomocniczych wobec świadczenia głównego, są okolicznościami faktycznymi, które podlegają dowodzeniu, a których wykazanie, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, obciążało Przystępującego. Przy rozstrzygnięciu wzięto pod uwagę również to, że w świetle art. 2(1) VI Dyrektywy

i przywołanych orzeczeń TSUE, za zasadę uznaje się, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne. W myśl przywołanego przepisu prawa unijnego i orzecznictwa TSUE konstrukcja tzw. „świadczeń kompleksowych” traktowana jest zaś jako wyjątek od tej zasady. Wyjątek ten zaś znajduje zastosowanie w razie wykazania, że istnieje ścisły nierozzerwalny związek świadczeń pomocniczych z dominującym świadczeniem głównym.

Z tych powodów Izba uznała, że w ofercie Przystępującego wystąpił błąd w obliczeniu ceny, co zobowiązywało Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Izba w sentencji niniejszego orzeczenia nakazała więc unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Przystępującego i powtórzenie procesu badania i oceny ofert.

Izba uważa, że nie potwierdził się zarzut wskazujący na niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SWZ, co skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Co prawda Zamawiający w SWZ zobowiązał wykonawców do uwzględnienia

w ofercie wszystkich kosztów, w tym podatku od towarów i usług. Jednocześnie w SWZ nie wskazano, którą stawkę Zamawiający uważa za prawidłową. Brak więc w SWZ treści, z którą oferta Przystępującego jest niezgodna.

Stwierdzenie niezasadności zarzutu nie wpłynęło jednak na możliwość oddalenia odwołania, bowiem potwierdził się główny z jego zarzutów i oferta Przystępującego, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, podlega odrzuceniu.

Uwzględnienie zarzutu jednocześnie potwierdziło zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp, odnoszącego się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy „Catermed” do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunku doświadczenia, w sytuacji gdy złożone pierwotnie podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku doświadczenia – potwierdził się częściowo.

Izba wyraża stanowisko, że nie potwierdziła się ta część zarzutu, w której Odwołujący wnioskował o niepotwierdzeniu przez Przystępującego spełnienia ustalonego

w postępowaniu warunku udziału dotyczącego doświadczenia zawodowego. Dokonując analizy przedstawionych przez Przystępującego zamówień referencyjnych, oba wskazane zamówienia potwierdzają spełnianie warunku udziału.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego w warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie wymagał, by przygotowanie posiłków miało następować w pomieszczeniach udostępnionych przez Zamawiającego, czy też w siedzibie Zamawiającego. Takie odczytanie treści warunku stanowi w ocenie Izby jego niedozwoloną nadinterpretację. Z opisu warunku udziału w postępowaniu wynika, że Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem

w prowadzeniu kuchni ogólnej, prowadzeniu kuchni mlecznej i gotowaniu mieszanek leczniczych, specjalistycznych dla noworodków i małych dzieci, obsługi kuchenek oddziałowych. Treść warunku nie referuje do miejsca wykonywania tych świadczeń. Dlatego też potwierdzeniem spełnienia warunku były, zdaniem Izby, zarówno świadczenia wykonywane na miejscu w jednostkach zamawiających, jak również polegające na dostarczeniu posiłków przygotowanych w ramach pomieszczeń należących do podmiotów świadczących daną usługę, a usytuowanych poza siedzibą szpitala.

W obu zamówieniach referencyjnych potwierdzono, że Przystępujący wykonywał kompleksową produkcję posiłków oraz przygotowanie mieszanek leczniczych, co potwierdzają również dodatkowo złożone wraz z wykazem dokumenty referencyjne.

Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań SWZ w sposób bardziej rygorystyczny, niż to wynika z literalnego jej brzmienia, pierwszeństwo znajduje wykładnia literalna treści SWZ. Wykonawcy po złożeniu ofert muszą mieć pewność, że ocena odbywała będzie się na zasadach wskazanych w SWZ. W odmiennej sytuacji prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, a to powodowałoby w konsekwencji naruszenie naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a zatem równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Przechodząc dalej do analizy przedmiotowego zarzutu odwołania, Izba uznała, że potwierdziło się, iż Zamawiający winien wyjaśnić potwierdzenie spełnienia warunku w przypadku usługi wykonywanej na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku. Z treści dokumentów przedstawionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiającemu przez Przystępującego wynika, że przedmiotową umowę realizowało konsorcjum złożone z kilku podmiotów. Złożone referencje potwierdzają, że umowę realizowały Vendi Servis Sp. z o.o., Catermed Sp. z o.o., Jol-Mark Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. Także potwierdzenie należytego wykonania usług wskazuje na te podmioty. Jednocześnie skład konsorcjum obecnie ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest inny. Ze złożonych Zamawiającemu dokumentów nie wynika niestety jaki był podział obowiązków pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum i czy jeden z członków konsorcjum, obecnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, pełnił w nim taką rolę, która umożliwiła mu posiłkowanie się zdobytym doświadczeniem zawodowym.

Każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla jakiego w ogóle został postawiony – weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku.

Takiemu podejściu dał wyraz Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie *Provincia di fermo* (wyrok z dnia 10 października 2013 r. sygn. C-94/12). Trybunał podkreślając ogólną zasadę łączenia potencjałów konsorcjantów, zwrócił jednocześnie uwagę, iż w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Wówczas zamawiający może wymagać aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci ilości wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest oczywiście proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia.

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r.

w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełnienia warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególne jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia *Esaprojekt* „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego”.

Izba podziela stanowisko prezentowane w doktrynie i orzecznictwie, iż do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący wraz z *Wykazem usług* i referencjami nie złożył innych, dodatkowych dokumentów, z których wynikałoby jaki był podział zadań dla poszczególnych członków konsorcjum. Nie wykazano Zamawiającemu, że członek konsorcjum Catermed pełnił w nim taką rolę, która uprawnia go do wykazywania zamówieniem referencyjnym warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Dopiero wraz ze sprzeciwem w stanowisku procesowym złożono umowę współpracy z dnia 28 maja 2019 roku i aneksem z dnia 1 września 2019 roku zawartymi między członkami konsorcjum. Z dokumentów tych wynika, że czynności objęte warunkami udziału były realizowane przez Catermed sp. z o.o. Informacje te nie były jednak znane Zamawiającemu przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby oferta Przystępującego mogła uczestniczyć w dalszych etapach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne byłoby wówczas zastosowanie art. 128 ustawy Pzp i wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Z uwagi na okoliczności, iż Izba uznała, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, zastosowanie przywołanej regulacji ustawy Pzp pozostaje bezprzedmiotowe bowiem zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawcy nie wzywa się do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „Catermed”, pomimo że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zarzut nie potwierdził się.

Wbrew twierdzeniom odwołania Izba nie podziela stanowiska, że informacje dotyczące zakresu zrealizowanych zamówień zamieszczone w wykazie usług nie odpowiadają rzeczywistemu zakresowi zrealizowanych zamówień. Złożony wykaz usług wywołał mylne wrażenie u Zamawiającego, iż wskazane zamówienia odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu.

Dostrzeżenia wymaga, iż stanowisko odwołania podyktowane było odmiennym odczytywaniem treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. Odwołujący dokonał bowiem rozszerzonej interpretacji treści warunku, wiążąc obowiązek wykonywania usług w pomieszczeniach zamawiającego. Tymczasem z treści warunku, w ocenie Izby, taki obowiązek nie wynika. Dlatego też Przystępujący przedstawiając *Wykaz usług* i referencje nie mógł wywołać u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o zakresie zrealizowanych usług. Przystępujący przedstawił dokumenty,

z których jasno i klarownie wynikało jaki był zakres poszczególnych świadczeń i w jaki sposób były one realizowane.

Przystępujący nie ukrywał również, że jedno z zamówień referencyjnych realizowane było przez konsorcjum, w którym uczestniczył. To na Zamawiającym spoczywał obowiązek wyjaśnienia kwestii, jaki był rzeczywisty udział danego podmiotu w zamówieniu referencyjnym.

W ocenie Izby w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunków udziału

w postępowaniu działania Przystępującego nie nosiły cech czynu nieuczciwej konkurencji, nie utrudniały innym wykonawcom dostępu do przedmiotowego zamówienia. Niepotwierdzenie się zarzutu nie mogło jednak spowodować oddalenia odwołania

i pozostawało bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Potwierdził się bowiem zarzut, który prowadził do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne naruszenie

art. 239 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisanymi

w ustawie Pzp. Izba uwzględniła głównie z zarzutów odwołania i uwzględniła odwołanie

w całości ze względu na wystąpienie wpływu na wynik postępowania, choć nie wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniu znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Główny z zarzutów odwołania, uwzględniony przez Izbę prowadził jednak do konieczności nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferty, w tym odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Przystępującego. Jednocześnie Izba, na podstawie § 7 ust. 5 rozporządzenia o kosztach odstąpiła od rozdzielenia kosztów, ponieważ przemawiał za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę i ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania. Uwzględnienie zarzutów prowadziło bowiem do odrzucenia oferty Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przewodniczący:

.....