

Sygn. akt: KIO 2534/23

WYROK
z dnia 12 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. K. Catering 7 Heaven**, ul. Harcerska 7, 96-100 Skierniewice

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szkołę Podstawową nr 9 im. Marii Grzegorzewskiej** ul. Tetmajera 7, 96-100 Skierniewice

przy udziale

Wykonawcy – **ONE & ONLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Sienkiewicza 85/87/8. 90-057 Łódź, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 24.08.2023 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Odwołującego

2.2. Zasadza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) 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 2534/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szkołę Podstawową nr 9 im. Marii Grzegorzewskiej w Skierniewicach, w trybie podstawowym na świadczenie dostaw cateringu obiadów do stołówki Szkoły Podstawowej nr 9 im. Marii Grzegorzewskiej w Skierniewicach (sygn. postępowania: 1/ZP/2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.08.2023 r., 2023/BZP 00340519/01, wobec czynności polegających na odrzuceniu oferty własnej i wyborze oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało w dniu 28.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy K. K. (K. K. Catering 7 Heaven, Skierniewice).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie zaistniały podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty, Odwołujący uzupełnił dokumentację załączoną do oferty zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2023 r;
2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 poprzez wybór oferty wykonawcy One&Only Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, pomimo tego, że najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący;
3. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 poprzez sformułowanie wezwania z dnia 21 sierpnia 2023 r. w sposób niedokładny, nieprecyzyjny w zakresie dokumentów, jakich Zamawiający oczekuje od Odwołującego, wyznaczenie Odwołującemu zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oceny decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego nr PSSE.HŻ.9025.494.112.3.4.2021 z dnia 08.02.2021 r., alternatywnie nakazanie ponownego wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci aktualnej decyzji właściwego terenowego Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu.

Zamawiający poinformował o czynnościach w dniu 24.08.2023 r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego zostało w dniu 21.08.2023 r. (zamieszczone na platformie zakupowej).

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na warunek opisany w rozdziale XI pkt 5 ust. 2 lit a) swz, w którym wymagane było posiadanie aktualnej decyzji właściwego terenowo Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwość prowadzenia cateringu. Zgodnie z załączonym do oferty wydrukiem z CEIDG, stałym miejscem wykonywania działalności gospodarczej jest ul. Harcerska 7 w Skierniewicach, zaś dodatkowymi stałymi miejscami wykonywania działalności gospodarczej są we wskazanych adresach: ul. Mszczonowska 18, lok. C w Skierniewicach oraz ul. Lelewela 2 w Skierniewicach. Do oferty załączone zostały decyzje Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skierniewicach z dnia 20.08.2014 r. na podstawie, której dokonano zmian w prowadzonym rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów PIS w poz. 869/0516/2012 w ten sposób, że do zakresu działalności dodaje świadczenie usług cateringowych transportem własnym, a także zaświadczenie z 15.07.2020 r. o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej potwierdzające, iż w dniu 15.07.2020 r. dokonano wpisu zakładu Restauracja Muzyczna ul. Lelewela 2, Skierniewice do prowadzenia działalności w zakresie produkcji potraw przygotowanych od surowca do gotowego posiłku, serwisowania posiłków i napojów na naczyniach wielokrotnego użytku, sprzedaży napojów w tym alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu sprzedaży.

Zamawiający w dniu 16.08.2023 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego i pismem z 21.08.2023 r. wezwał do uzupełnienia zaświadczenia i wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów inspekcji dla zakładu „Catering 7 Heaven” do dnia 22.08.2023 r. do godziny 10:00. Wezwanie to Odwołujący otrzymał o godzinie 15:30 w dniu 21.08.2023 r. Wykonawca przekazał decyzję PPIS w Skierniewicach zatwierdzającą zakład cateringowy Catering 7 Heaven K. K., ul. Mszczonowska 18 lok. C w Skierniewicach do prowadzenia działalności w zakresie sporządzania potraw od surowca do gotowego posiłku oraz dostarczania gotowych posiłków do odbiorców zewnętrznych własnymi środkami transportu.

W dniu 22.08.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Odwołującego, a w dniu 23.08.2023 r. czynność tą unieważnił. W rozmowie telefonicznej wykonawca otrzymał wyjaśnienie, iż przesłana w dniu 22.08.2023 r. decyzja została zakwestionowana, gdyż dotyczy zakładu przy ul. Mszczonowskiej 18 lok. C, a nie przy ul. Lelewela 2, czego miał oczekiwać Zamawiający. Odwołujący niezwłocznie w dniu 23.08.2023 r. przesłał do zamawiającego decyzję PPIS dotyczącą tego zakładu. W dniu 24.08.2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i dokonał wyboru oferty One&Only Sp. z o.o.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż na wezwanie do uzupełnienia dokumentacji Odwołujący dostarczył decyzję niezgodną z wymaganiami, gdyż dotyczącą zakładu przy ul. Mszczonowskiej 18 lok. C w Skierniewicach. Zamawiający nie wziął pod uwagę właściwej decyzji przesłanej po terminie wyznaczonym w wezwaniu.

Odwołujący kwestionuje precyzję wezwania z 21.08.2023 r., które powinno być jednoznaczne i określać zakres żądanych dokumentów. Zamawiający wskazując na zakład „Caterin 7 Heaven” nie sprecyzował co rozumie pod tym pojęciem, a mając na uwadze bardzo krótki czas, wykonawca pod presją czasu przesłał decyzję dotyczącą drugiego z adresów ujawnionych w CEIDG. Skoro Zamawiający wystąpił o uzupełnienie dokumentów, nie było przeszkody do tego, aby wskazać w jakim zakresie złożone zaświadczenie jest niekompletne. Dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający określił, iż decyzja nie spełnia wymogu posiadania decyzji właściwego terenowo organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu pod adresem ul. Lelewela 2 w Skierniewicach.

Gdyby Odwołujący otrzymał sprecyzowane wezwanie złożyłby prawidłowy dokument. Przy nieprecyzyjnej treści wezwania wyznaczony termin był zbyt krótki. Na podstawie art. 8 ust. 4 ustawy minimalny termin wyznaczony przez Zamawiającego powinien wynosić 2 dni robocze.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca One&Only Sp. z o.o. z/s w Łodzi. Przystępujący złożył odrębne pismo procesowe, w którym odnosił się do zasadności zarzutów (pismo z 12.09.2023 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ogłoszenie, swz, ofertę Odwołującego i dokumenty składane na wezwania Zamawiającego oraz stanowiska i wyjaśnienia stron składane na rozprawie.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, w sekcji IV – kwalifikacja wykonawców, wskazał w pkt 5.4 na warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie posiadanych uprawnień do wykonywania działalności Zamawiający wymaga od wykonawcy posiadania aktualnej decyzji właściwego terenowo Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu. W pkt 5.6 oznaczonym jako – Wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu – Zamawiający wskazał aktualną decyzję opisaną w warunku udziału w postępowaniu. W kolejnym pkt 5,6 określonym jako – Wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – Zamawiający nie wymagał złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W swz, rozdział XI ust. 5 pkt 2 – Zamawiający wskazał ten sam warunek udziału w postępowaniu, jaki został opisany w treści ogłoszenia dla uprawnień, jakie wykonawca musi posiadać do prowadzenia działalności gospodarczej, wskazując w lit. b dokument potwierdzający, jakim jest aktualna decyzja właściwego terenowo Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu.

W rozdziale XII – podmiotowe środki dowodowe, zostały podzielone na dwa ustępy, tj. 1 dla dokumentów składanych

wraz z ofertą, w którym wymienione zostało oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, składane na podstawie art. 125 ust. 1 pzp (wzór – zał. Nr 2 do SWZ). Ustęp 2 dotyczy podmiotowych środków dowodowych, dokumentów, oświadczeń składanych przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyższej, na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania. W ustępie tym w pkt 1 wymieniono: oświadczenie Wykonawcy, aktualne na dzień złożenia oświadczenia, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego – stanowiące zał. nr 5 do SWZ.

Poniżej tego punktu znajduje się informacja o tym, że Wykonawca musi posiadać aktualną decyzję właściwego terenowo Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu.

Następnie znajdują się dwa ppkt związane z dokumentami składanymi na potwierdzenie warunku dotyczącego wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego. Po tych punktach od razu znajduje się zapis przypisany do ustępu 5 dotyczący oceny spełnienia warunków, gdzie Zamawiający wskazał, iż ocena ta będzie dokonywana metodą spełnia lub nie spełnia w oparciu o wymagane dokumenty oświadczenia dołączone do oferty.

Odwołujący złożył w formularzu oferty oświadczenie, że posiłki przygotowywane będą przy ul. Lelewela 2, 96-100 Skierniewice oraz załączył dwie decyzje, tj. z dnia 20.08.2014 r. nr PSSE.ON-HŻ.4973/8/7/14 w sprawie dokonania zmian w rejestrze zakładów dla kuchni cateringowej Wykonawcy „Catering 7 Heaven” przy ul. Harcerskiej 7 w Skierniewicach. Zmiana polega na dodaniu zakresu działalności o świadczenie usług cateringowych transportem własnym, tj. samochodami ciężarowymi wskazanymi w treści decyzji. Aktualna decyzja zatwierdzająca do prowadzenia działalności obejmuje niżej wymieniony zakres: sporządzanie potraw od surowca do gotowej potrawy; dostarczania produkowanych posiłków odbiorcom zewnętrznym w termopakach/usługi cateringowe; świadczenie usług cateringowych transportem własnym tj. samochód ciężarowy Peugeot o nr rej. ES 37006, samochód ciężarowy Fiat o nr rej. EL 463RV należący do Gening Leasing Spółka Akcyjna S.K.A., ul. Niciarniana 2/6, 92-208 ŁódźDługa dokument stanowi zaświadczenie z dnia 15.07.2020 r. o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej zakładu: Restauracja Muzyczna ul. Joachima Lelewela 2, 96-100 Skierniewice do prowadzenia działalności w zakresie produkcji potraw przygotowanych od surowca do gotowego posiłku, serwowania posiłków i napojów na naczyniach wielokrotnego użytku, sprzedaży napojów w tym alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu sprzedaży do Rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej prowadzonego przez PPIS w Skierniewicach, nr wpisu 2458/0516/2020.

W załączonym do oferty wypisie z CEiDG wskazany został stały adres miejsca wykonywania działalności gospodarczej w Skierniewicach przy ul. Harcerskiej 7 oraz dodatkowe stałe miejsca wykonywania działalności gospodarczej w Skierniewicach przy ul. Mszczonowskiej 18 oraz przy ul. Lelewela 2.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty. Najniższą cenę zaoferował Odwołujący i w dniu 16.08.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Odwołującego.

W dniu 18.08.2023 r. Zamawiający otrzymał wniosek wykonawcy One&Only Sp. z o.o. o odrzucenie oferty Caterin 7 Heaven K. K. 96-100 Skierniewice ul. Lelewela 2, z powodu braku potwierdzenia w „Zaświadczeniu o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej” z dnia 15 lipca 2020 r. wydanym dla Restauracji Muzyczna ul. Joachima Lelewela 2, 96-100 Skierniewice możliwości prowadzenia usługi cateringowej – posiłki przewożone w pojemnikach typu GN i termosach do odbiorców zewnętrznych co jest wyraźnym warunkiem udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 21.08.2023 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Pismem z 21.08.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia zaświadczenia o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej dla zakładu „Caterin 7 Heaven” do dnia 22.08.2023 r., do godziny 10.00.

W tym samym dniu Wykonawca przesłał Zamawiającemu decyzję z 2021 r. nr PPIS.HŻ.9025.4973.15.3.63.2021.AW o zatwierdzeniu zakładu cateringowego Catering 7 Heaven K. K. ul. Mszczonowska 18 lok. C, 96-100 Skierniewice do prowadzenia działalności w zakresie: sporządzania potraw od surowca do gotowego posiłku, dostarczania gotowych posiłków do odbiorców zewnętrznych własnymi środkami transportu.

Już po wysłaniu decyzji Odwołujący wykonał telefon do Zamawiającego, w trakcie której to rozmowy miał otrzymać potwierdzenie, iż Zamawiający otrzymał dokument drogą elektroniczną i zostanie on wydrukowany.

W dniu 22.08.2023 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty Odwołującego.

Tego samego dnia Zamawiający otrzymał kolejny wniosek Wykonawcy One&Only Sp. z o.o. o odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku potwierdzenia w zaświadczeniu o wpisie do rejestru zakładów podlegających kontroli wydanego dla Restauracji Muzyczna możliwości prowadzenia usługi cateringowej – posiłków przewożonych w pojemnikach typu GN i termosach do odbiorców zewnętrznych.

Zamawiający w dniu 23.08.2023 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 24.08.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty One&Only Sp. z o.o. i odrzuceniu dwóch ofert, w tym oferty Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania decyzji właściwego terenowo Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu pod adresem 96-100 Skierniewice, ul. Lelewela 2 – tak jak zostało to oświadczone w ofercie. Zamawiający uznał dostarczoną na wezwanie decyzję dla zakładu przy ul. Mszczonowskiej 18 lok. C w Skierniewicach jako niezgodną z warunkami zamówienia – nie dotyczy zakładu przy ul. Lelewela 2. Kolejna

decyzja złożona przez Wykonawcę stwierdzająca spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu po terminie wyznaczonym do uzupełnienia dokumentacji nie została przez Zamawiającego uwzględniona w czynnościach badania i oceny ofert w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący na rozprawie wyjaśniał, iż po tym jak otrzymał drugie zawiadomienie o wyborze jego oferty, a następnie o unieważnieniu tej czynności ponownie rozmawiał z pracownikiem Zamawiającego telefonicznie i w trakcie tej rozmowy miał uzyskać informacje, że uzupełniona decyzja była nieprawidłowa, gdyż nie dotyczyła zakładu przy ul. Lelewela 2, stąd oczekiwał kolejnego wezwania do uzupełnienia i samodzielnie przestał również prawidłową decyzję. Decyzja nr PSSE.HŻ.9025.494.112.3.4.2021 wysłana została Zamawiającemu po terminie i dotyczy zatwierdzenia Restauracji Muzyczna przy ul. Lelewela 2w Skierniewicach do prowadzenia działalności w zakresie: produkcji potraw przygotowanych od surowca do gotowego posiłku; serwowania posiłków i napojów na naczyniach wielokrotnego użytku, sprzedaży napojów w tym alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu sprzedaży; dostarczania produkowanych posiłków do odbiorców zewnętrznych.

Izba ustaliła i zważyła.

Na wstępie należy wyraźnie wskazać, iż czynności odrzucenia oferty Odwołującego poddana została zaskarżeniu w ramach odwołania w zakresie związanym z okolicznościami, które Zamawiający wskazał w uzasadnieniu tej czynności w piśmie z 24.08.2023 r. Ma to istotne znaczenie, gdyż to uzasadnienie podane przez Zamawiającego stanowiło dla Wykonawcy podstawę dla sformułowania zarzutów, w których odnosił się do okoliczności mających uzasadniać, w ocenie Zamawiającego, odrzucenie jego oferty. Oznaczało to, że inne, przede wszystkim podnoszone przez Przystępującego okoliczności, nie mogły mieć znaczenia i nie były brane pod uwagę przy rozpoznawaniu zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą. Konieczność takiej oceny była podkreślana wielokrotnie w orzeczeniach Izby, w których odnoszono się do bezskuteczności wskazywania na etapie postępowania odwoławczego nowych podstaw faktycznych, które miałyby dodatkowo uzasadniać czynności, wobec których wniesione zostało odwołanie. Chociażby w wyroku z dnia 23.05.2022 r., sygn. akt KIO 1132/22 KIO wskazała, iż: *„Nie można wymagać bowiem od wykonawcy, aby odwoływał się od czynności, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane Odwołującemu w tym postępowaniu przez Zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez Zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Oczywiście jest bowiem, że zastosowanie danej podstawy prawnej odrzucenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne. Stąd właśnie nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez Zamawiającego, a w konsekwencji - jeżeli wykonawca odwoła się od niej - zakres kognicji Izby. Powyższe przepisy służą temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania czynności Zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia lub miałby się o nich dowiedzieć dopiero w toku postępowania odwoławczego. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty”*.

Przenosząc powyższe na kwestionowaną w odwołaniu czynność odrzucenia oferty Odwołującego okoliczności, którymi była Izba związana dotyczyły samej procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów w zestawieniu z zarzutem braku precyzji wezwania z dnia 21.08.2023 r. oraz braku uwzględnienia przy ponownej ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokumentu przekazanego po terminie. Mając na uwadze taki stan sprawy Izba zobowiązana była dokonać ustaleń wszystkich okoliczności, które miały znaczenie z punktu widzenia czynności, jaką było wezwanie do uzupełnienia zaświadczenia o wpisie do rejestru zakładów, a te wynikały przede wszystkim z zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz treści swz, jak również korespondencji Zamawiającego z wykonawcami. Jednocześnie Izba pominęła wskazywaną w piśmie procesowym Przystępującego argumentację dotyczącą niedostatecznej treści zaświadczenia dla potwierdzenia w decyzji organu inspekcji sanitarnej możliwości prowadzenia cateringu, co wykonawca wiązał wprost z koniecznością potwierdzenia możliwości realizacji tej usługi z wykorzystaniem pojemników typu GN i termosów. Jak wynika bowiem z uzasadnienia odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający w ogóle nie dokonał oceny dokumentu, który Odwołujący przekazał po terminie, co stanowiło zasadniczą podstawę zarzutów. Ponadto, z samego uzasadnienia wynika, że Zamawiający ocenił dokument, jako potwierdzający spełnienie warunku również w zakresie cateringu i jedynie z powodu jego złożenia po terminie, nie został on uwzględniony przy ponownej weryfikacji podmiotowej Wykonawcy. Jednocześnie Izba dokonała analizy dokumentacji, co było konieczne dla rozstrzygnięcia, czy czynność odrzucenia oferty miała umocowanie w postanowieniach swz i ogłoszenia o zamówieniu.

W świetle tak zakreślonej podstawy zarzutów Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów Ustawy. Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej czynności, co jednak samo w sobie nie stanowiło podstawy zarzutu, ale jednocześnie prezentuje pewien obraz działań, które prowadziły do odrzucenia oferty. Zamawiający dokonywał bowiem czynności w sposób dynamiczny, w zasadzie można wskazać, iż mógł działać pod presją konkurenta, który dwukrotnie kwestionował decyzję o wyborze oferty Odwołującego powołując się na tą samą okoliczność, czyli brak wykazania możliwości świadczenia usługi cateringu z lokalu, w którym będą przygotowywane posiłki zlokalizowanego przy ul. Lelewela 2 w Skierniewicach. Zamawiający mając wprost wyartykułowane zastrzeżenie, kierując wezwanie do uzupełnienia dokumentu nie wskazał na tą pryncypalną negatywną ocenę złożonych dokumentów, co w ocenie składu orzekającego prowadziło do niejasnej dla Wykonawcy oceny sytuacji faktycznej i miało skutek w postaci przekazania w terminie innej, niż oczekiwałby tego Zamawiający decyzji. Skład nie podzielił oceny Zamawiającego i Przystępującego, iż treść wezwania była precyzyjna. Sprzeciwia się temu zarówno treść wezwania, jak i okoliczności towarzyszące, a wynikające z niejasnych zapisów swz, co do konieczności złożenia aktualnej decyzji organu inspekcji sanitarnej dla każdej z lokalizacji, a w szczególności dla tej, która została wskazana w formularzu ofertowym. Przede wszystkim należy rozróżnić opis warunków udziału w postępowaniu od sposobu realizacji zamówienia, co oznacza, że oświadczenia wykonawców należy oceniać pod kątem celu, w jakim są składane w ofercie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do dokumentacji już na rozprawie w trakcie weryfikacji postanowień rozdziału XI i XII swz okazało się, że Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny, aby decyzja ta miała być złożona wraz z ofertą, jak również że stanowiła podmiotowy środek dowodowy składany na wezwanie przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający ocenił najwyżej. Dopiero w drodze wykładni zarówno treści ogłoszenia, jak i zapisu z ustępu 5 rozdziału XII swz można było wnioskować, iż decyzja ta stanowić miała podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie

niepodlegania wykluczeniu, jednak nawet taki zabieg nie rozstrzygał o tym kiedy należało ją złożyć. W ogłoszeniu w ogóle na ten temat nie ma informacji, a z zapisów swz wynika jedynie, że dokumentem składanym wraz z ofertą jest oświadczenie wskazane w rozdziale XII ust. 1 pkt 1 swz. Ponieważ nie stanowiło to podstawy zarzutu Izba przyjęła, jako okoliczność niesporną, iż decyzja ta miała być złożona w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, co mogło nastąpić przez jej złożenie w ofercie lub na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Z tym zastrzeżeniem, iż wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji złożenia niekompletnych dokumentu już w ofercie, co należy rozumieć w ten sposób, iż Zamawiający nie był zwolniony z obowiązku wezwania do złożenia dokumentu, którego brak w ofercie uniemożliwiał weryfikację podmiotową wykonawcy. Co istotne wezwanie to należałoby traktować jako wezwanie do złożenia, a nie uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

Istotnym z punktu widzenia zasadności zarzutu było odniesienie się do treści wezwania z 21.08.2023 r., w odpowiedzi na które Wykonawca nie złożył w wyznaczonym terminie dokumentu, a ten przekazany po terminie nie został przez Zamawiającego uwzględniony przy ponownej ocenie dokonanej po unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego.

W ocenie składu orzekającego, w okolicznościach w jakich zostało sformułowane wezwanie, tj. bez odniesienia się do konkretnego elementu warunku, dla którego potwierdzeniem miał być uzupełniony dokument, w sytuacji gdy w ofercie znajdowały się już dokumenty złożone w celu wykazania spełnienia warunku, Wykonawca mógł przyjąć, iż wezwanie kierowane jest z uwagi na brak objęcia wcześniejszymi dokumentami dodatkowej lokalizacji wskazanej w wypisie CEIDG. Złożone w ofercie dokumenty (decyzja i zaświadczenie) dotyczyły bowiem dwóch lokalizacji przy ul. Harcerskiej 7 i Lelewela 2, co nie obejmowało miejsca prowadzonej działalności gospodarczej przy ul. Mszczonowskiej 18. Zauważyć należy, iż w samym wezwaniu mowa jest wyłącznie o zaświadczeniu o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej dla zakładu „Caterin 7 Heaven”. Takie oznaczenie w żaden sposób nie nawiązuje do zakładu opisanego w zaświadczeniu złożonym wraz z ofertą jako „Restauracja Muzyczna ul. Joachima Lelewela 2, 96-100 Skierniewice”, czy też do samego oświadczenia z oferty o miejscu, w którym będą przygotowywane posiłki. Nazwa zakładu podana w wezwaniu nawiązuje wyłącznie do nazwy przedsiębiorcy, jak również kuchni cateringowej, której dotyczyła złożona w ofercie decyzja z 20.08.2014 r., co do której nie było żadnych zastrzeżeń. Zamawiający ani w swz, ani w samym wezwaniu nawet nie nawiązał do miejsca, w którym będą przygotowywane posiłki, które to oświadczenie nie było składane w ofercie celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale w celu identyfikacji miejsca, czyli sposobu spełnienia świadczenia.

Tym samym nie można odmówić racji Wykonawcy, iż ten nie wiedział, że dokumentem jaki miał złożyć w terminie było zaświadczenie dla zakładu z ul. Lelewela 2 potwierdzające możliwość świadczenia usługi cateringowej. Tym samym już z tej przyczyny Zamawiający nie mógł wyciągać tak daleko idących skutków, jakie rodzi decyzja o odrzuceniu oferty, bez umożliwienia Wykonawcy uzupełnienia dokumentu w zakresie, w jakim miało to na celu wykazanie spełnienia warunku. Ponadto, należy zauważyć, iż zgodnie z swz wezwanie do złożenia podmiotowego środka dowodowe wymagało zapewnienia wykonawcy co najmniej 5 dni od dnia wezwania na jego złożenie. Ponieważ Zamawiający nie był precyzyjny w swz, że decyzję należy złożyć już w ofercie, to nie mógł następnie zmienić trybu składania podmiotowego środka dowodowego na jego wezwanie wyznaczając termin faktycznie wynoszący kilkanaście godzin.

W świetle powyższego decyzja o odrzuceniu oferty podjęta została z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, do czego prowadziły niejasne postanowienia swz, ich stosowanie bez wskazania konkretnie przyczyn dla których Zamawiający uznał złożone dokumenty za niewystarczające, a przede wszystkim z pominięciem dokumentu, który należało traktować jako podmiotowy środek dowodowy składany na wezwanie Zamawiającego. Na etapie weryfikacji podmiotowej Zamawiający nie mógł przerzucić odpowiedzialności za własne błędy popełnione na etapie formułowaniu postanowień w dokumentacji na Wykonawcę, a do tego faktycznie sprawdzone zostały czynności w postępowaniu. To Wykonawca miał się domyślać dlaczego kierowane jest do niego wezwanie, chociaż złożył dokument w ofercie. To Wykonawca dopytywał się telefonicznie o przyczyny zmiany decyzji, które następowały bardzo szybko, bez umożliwienia realnego wykazania warunku dotyczącego uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie produkcji gotowych posiłków i cateringu. Co jednak najważniejsze, decyzja o odrzuceniu oferty, w świetle oświadczeń składanych na rozprawie, również wprowadzała niejasność w zakresie oceny dokumentu ostatecznie pominiętego przy podejmowaniu decyzji. Zamawiający sygnalizował bowiem, iż z rozmów telefonicznych miało wynikać, iż Wykonawca nie dysponował fizycznie dokumentem w momencie składania ofert, ale jednocześnie z uzasadnienia odrzucenia wynika, iż dokument złożony po terminie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze niejasne zapisy swz – które nie korespondowały z treścią ogłoszenia w zakresie żądanych do złożenia dokumentów i oświadczeń, należało przyjąć, iż na etapie złożenia oferty wymagane było wyłącznie oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, a sama decyzja (wskazana jako dokument żądany jedynie w treści ogłoszenia), jako podmiotowy środek dowodowy powinna być złożona na wezwanie w terminie nie krótszym niż 5 dni. Tym samym Zamawiający nie mógł pominąć dokumentu uzupełnionego, który został złożony z przekroczeniem terminu wyznaczonego w wymiarze krótszym niż doba. Samo wezwanie do uzupełnienia w swojej treści powinno również zawierać wskazanie dlaczego złożone w ofercie dokumenty Zamawiający ocenił jako niedostateczne, tym bardziej, że nie było to w sposób jasny opisane w swz. Wykonawca miał uzasadnione wątpliwości, co potwierdzają zgodne relacje z rozmów telefonicznych, które nie mogą jednak prowadzić do negatywnych konsekwencji, jeżeli Zamawiający w wezwaniu wprost nie wskazał, iż zaświadczenie złożone w ofercie nie potwierdzało możliwości świadczenia cateringu z zakładu przy ul. Lelewela 2. Ostatecznie z wypowiedzi Zamawiającego wynika, że pominął w ocenie decyzję dotyczącą lokalizacji przy ul. Lelewela 2 dlatego, iż uznał, że Wykonawca fizycznie jej nie posiadał i musiał ją uzyskać z organu inspekcji sanitarnej. Powyższe nie zostało zakomunikowane w podstawie odrzucenia oferty i nie mogło wpłynąć na ocenę czynności. Z uwagi na potrzebę powtórzenia czynności oceny ofert Izba wskazuje na konieczność przestrzegania zasad jawności i transparentności czynności podejmowanych w postępowaniu, co wymaga ze strony Zamawiającego zachowania przejrzystości decyzji, których konsekwencje prowadzą często do składania środków ochrony prawnej.

Niniejsze orzeczenie Izby nie przesądza przy tym w jaki sposób dokument należało ocenić, bo jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, dokumentu tego Zamawiający nie brał pod uwagę. Orzeczenie Izby nie może zastępować czynności, do której zobowiązany jest Zamawiający i na którą przysługiwac będą wykonawcom środki odwoławcze. W ramach ponownej oceny ofert Zamawiający powinien mieć na uwadze sposób w jaki opisał warunek udziału w postępowaniu. W zależności od oceny złożonych dokumentów należy również wskazać, iż tryb wezwania do uzupełnienia aktualnej decyzji nie został w sposób prawidłowy przeprowadzony, a tym samym nie

można z góry wykluczyć możliwości wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, co wymagać będzie wskazania przyczyn, które uzasadniać miałyby negatywną ocenę tego dokumentu.

Powyższe ostatecznie prowadziło do uwzględnienia odwołania w całości, a Izba nakazała ponowną ocenę ofert. Ponieważ Przystępujący już we wcześniejszej korespondencji kierowanej do Zamawiającego, jak i na etapie postępowania odwoławczego konsekwentnie wskazuje na konieczność potwierdzenia możliwości świadczenia usługi cateringu z wykorzystaniem termosów i pojemników typu GN, wskazówką dla Zamawiającego powinny być zapisy swz, a nie oczekiwania i sugestie podmiotu zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. To Zamawiający jest gwarantem przestrzegania zasad i ustalonych warunków udziału w postępowaniu. Wątpliwości mogą uzasadniać zarówno wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy też wystąpienia do organu inspekcji sanitarnej o informację w jaki sposób należy rozumieć treść decyzji, co pozwoli na ustalenie, czy Wykonawca jest uprawniony do świadczenia usługi cateringu. Izba nie przesądza tym wyrokiem tak o treści warunku udziału w postępowaniu w kontekście konieczności potwierdzenia możliwości świadczenia cateringu z lokalizacji, w której Wykonawca zamierza przygotowywać posiłki, jak również o konieczności wskazania w treści decyzji na możliwość transportu posiłków z wykorzystaniem termosów i pojemników typu GN. Okoliczności te nie było bowiem weryfikowane przez samego Zamawiającego przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwoływającego, a tym samym nie stanowiły podstawy zarzutów, którymi Izba jest związana.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Odwoływającego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: