

**WYROK**  
**z dnia 18 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2023 r. przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gastronomiczne „D.” M.Ł. z siedzibą w Porosiukach v postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Biała Podlaska,

przy udziale wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AGHiH P.K. z siedzibą w Krężnicy Jarej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gastronomiczne „D.” M.Ł. z siedzibą w Porosiukach 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 – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gastronomiczne „D.” M.Ł. z siedzibą w Porosiukach tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gastronomiczne „D.” M.Ł. z siedzibą w Porosiukach na rzecz zamawiającego – Gminy Biała Podlaska kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkiem na wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 2564/23**

**Uzasadnienie**

Gmina Biała Podlaska, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej jako „ustawa PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Usługi społeczne: Usługi dostarczania posiłków do szkół, żłobka, przedszkola – Gmina Biała Podlaska*”. Numer referencyjny tego zamówienia to FZP.271.1.18.2023.RW.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lipca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00330393/01.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gastronomiczne „D.” M.Ł. z siedzibą w Porosiukach, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą M.Ł.”, wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od:

1) w zakresie części nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 zamówienia:

a) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AGHiH P.K. z siedzibą w Krężnicy Jarej, zwanego dalej „wykonawcą P.K.”, jako najkorzystniejszej w części nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 zamówienia,

b) niezgodnym z przepisami ustawy PZP zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy P.K. jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) w zakresie części nr 1 zamówienia:

a) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na błędnym uznaniu, że Odwołujący nie załączył do formularza oferty wymaganego załącznika w postaci bazy cenowej i w konsekwencji odrzuceniu oferty dodatkowej Odwołującego dla części nr 1 jako złożonej niezgodnie z warunkami zamówienia,

b) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na błędnym uznaniu, że Zamawiający winien wezwać Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia dokumentów w postaci bazy cenowej, podczas gdy dokumenty te nie podlegały uzupełnieniu jako składające się na treść oferty, zaś Zamawiający dysponował nimi, gdyż zostały one złożone wraz z pierwotną ofertą.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP w związku z:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.K. pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.K. pomimo tego, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut nr 2),

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty dodatkowej Odwołującego w zakresie części nr 1

zamówienia jako złożonej niezgodnie z warunkami zamówienia mimo, iż oferta złożona została zgodnie z warunkami zamówienia (zarzut nr 3),

4) art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieuprawnione wezwanie Odwołującego do ponownego złożenia dokumentów w postaci bazy cenowej z uwagi na fakt, iż dokumenty te nie podlegały uzupełnieniu jako składające się na treść oferty, zaś Zamawiający dysponował nimi, gdyż zostały one złożone wraz z pierwotną ofertą (zarzut nr 4),

5) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie jej niezgodności z warunkami zamówienia w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut nr 5),

6) art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.K. jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, podczas gdy w ramach procedury badania i oceny ofert oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejsza (zarzut nr 6).

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 zamówienia,

b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty dodatkowej Odwołującego w zakresie części nr 1 zamówienia,

c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w tym zakresie odrzucenia oferty wykonawcy P.K. z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu jego odwołania, jak również wyboru oferty Odwołującego w części nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 oraz nr 6 zamówienia.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P.K. z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca M.Ł. wskazał, że zgodnie z Rozdziałem VII ust. 2 pkt 4 SWZ:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:*

*4) zdolności technicznej lub zawodowej:*

*- dla wszystkich części zamówienia: dysponowanie środkami transportu spełniającymi obowiązujące przepisy prawa w zakresie wymogów sanitarnych dotyczących środka transportu żywności, które wykorzystywane będą do realizacji zamówienia – w liczbie odpowiedniej do realizacji zakresu zamówienia, o jaki ubiega się Wykonawca*

*- odnośnie szkół podstawowych z oddziałami przedszkolnymi/punktami przedszkolnymi: dysponowanie w czasie trwania zamówienia przynajmniej jedną osobą legitymującą się co najmniej 6 miesięcznym doświadczeniem w pracy jako dietetyk przy żywieniu dzieci w wieku szkolnym, która w ramach realizacji zamówienia pełnić będzie funkcję dietetyka*

*- odnośnie przedszkola: dysponowanie w czasie trwania zamówienia przynajmniej jedną osobą legitymującą się co najmniej 6 miesięcznym doświadczeniem w pracy jako dietetyk przy żywieniu dzieci w wieku przedszkolnym, która w ramach realizacji zamówienia pełnić będzie funkcję dietetyka*

*- odnośnie żłobka: dysponowanie w czasie trwania zamówienia przynajmniej jedną osobą legitymującą się co najmniej 6 miesięcznym doświadczeniem w pracy jako dietetyk przy żywieniu dzieci w wieku 1-3, która w ramach realizacji zamówienia pełnić będzie funkcję dietetyka”.*

Odwołujący podał, że wykonawca P.K. został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych i w odpowiedzi na to wezwanie przedłożył „wykaz środków transportu przeznaczonych do realizacji zamówienia”, z którego jasno wynika, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie „dysponowania środkami transportu spełniającymi obowiązujące przepisy prawa w zakresie wymogów sanitarnych dotyczących środka transportu żywności, które wykorzystywane będą do realizacji zamówienia – w liczbie odpowiedniej do realizacji zakresu zamówienia, o jaki ubiega się Wykonawca”. Według Odwołującego wynika to z faktu, że wykonawca P.K. przedstawił w każdej z pozycji wykazu dokładnie ten sam samochód, czyli de facto wykonawca ten dysponuje tylko jednym samochodem do świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego, co zważywszy na obowiązujące przepisy prawa oraz obowiązujące postanowienia SWZ i opisu przedmiotu zamówienia przygotowanego przez Zamawiającego stanowi ilość niepozwalającą na należyte realizowanie usługi będącej przedmiotem postępowania. Z jednej strony wynika to z własnego doświadczenia Odwołującego, który z powodzeniem realizował na rzecz Zamawiającego tożsamą usługę

w poprzednim roku, zaś z drugiej strony przyznał to sam wykonawca P.K. załączając do wykazu pismo z dnia 24 sierpnia 2023 r., z którego wprost wynika, że wykonawca ten dokonał „zakupu kolejnych samochodów, które będą do dyspozycji kierowców na terenie Gminy Biała Podlaska”. Zdaniem Odwołującego wykonawca P.K. ma zatem świadomość, że jednym samochodem nie jest w stanie realizować tej usługi. Zgodnie z szacunkami Odwołującego liczba środków transportu odpowiednia do zakresu zamówienia (wszystkie części), to co najmniej 3-4 pojazdy do dystrybucji posiłków oraz 1 pojazd do odbioru nieczystości po posiłkach. Zatem jeden samochód nie wystarczy nawet na realizowanie usługi w zakresie 1 części zamówienia, ponieważ aby zrealizować obowiązki umowne z SWZ na wykonawcy ciąży obowiązek zarówno przygotowania posiłków w miejscu prowadzenia działalności, jak i odbierania odpadów pokonsumpcyjnych w przystosowanych do tego celu pojemnikach oraz resztek i odpadów pokonsumpcyjnych. Odwołujący podniósł, że z punktu widzenia przepisów nie jest możliwe wykorzystanie jednego samochodu zarówno do przywożenia przygotowanych posiłków,

a następnie odbierania tym samochodem resztek i odpadów pokonsumpcyjnych. Nawet jeśli wykonawca P.K. otrzymałby odbiór sanitarny nowych środków transportu, to i tak nie ma możliwości, aby na tym etapie (nawet po ewentualnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) wykonawca ten został wezwany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do jakiegokolwiek uzupełnienia przedstawionego wykazu, co wynika z tego, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 112 ustawy PZP). Ponadto wykonawca od chwili wszczęcia postępowania aż do zawarcia z nim umowy ani przez chwilę nie może podlegać wykluczeniu (art. 110 ustawy PZP). Dlatego właśnie składane podmiotowe środki dowodowe powinny być

aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień. Odwołujący nie ma wątpliwości, że wykonawca P.K. warunków udziału na dzień składania ofert nie spełniał, co wynika wprost z jego pisma z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Uzasadniając zarzut nr 2 odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P.K. z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia Odwołujący wskazał, że w tym postępowaniu oferta jego konkurenta jest sprzeczna z warunkami zamówienia, ponieważ wybrany wykonawca nie będzie w stanie realizować zamówienia na zasadach i warunkach określonych w SWZ przez Zamawiającego. Odwołujący stanął na stanowisku, że kuchnia, którą dysponuje wykonawca P.K. nie nadaje się do przyrządzenia tak dużej ilości posiłków jakiej wymaga Zamawiający. W załącznikach do odwołania wykonawca M.Ł. przedstawił dokumentację fotograficzną kuchni, jaką dysponuje jej konkurent i jaka teoretycznie ma służyć do przygotowania prawie 1000 posiłków. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, aby w tak małym pomieszczeniu przygotować posiłki dla ilości dzieci objętej zakresem zamówienia. Odwołujący poddał także pod wątpliwość to, czy w ogóle takie pomieszczenia (usytuowane w piwnicy) spełniają normy sanepidu dla przygotowywania posiłków. W związku z tym Odwołujący złożył stosowny wniosek w tym przedmiocie do sanepidu. Odwołujący dodał, że Zamawiający powinien mieć na uwadze, że zgodnie z SWZ wykonawca ma obowiązek dysponować kuchnią spełniającą wymagania obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Odwołującego jest nieprawdopodobne, aby taka kuchnia, jak na załączonych przez niego zdjęciach, spełniała takie normy. Jednocześnie według Odwołującego nawet jeśli kuchnia jego konkurenta spełniałaby wszystkie normy sanitarne, to nie jest w stanie przygotować w niej posiłków w takiej ilości, jakości i częstotliwości, jakiej wymaga w OPZ Zamawiający. Odwołujący podsumował uzasadnienie tego zarzutu stwierdzając, że brak odrzucenia oferty wykonawcy P.K. również z tego powodu może skutkować dla Zamawiającego bardzo wysokim ryzykiem zawarcia umowy z wykonawcą, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia bez uszczerbku dla jakości świadczonych usług, o ile w ogóle wykonawca ten będzie w stanie takie zamówienie zrealizować.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego odrzucenia oferty dodatkowej Odwołującego w zakresie części nr 1 zamówienia jako złożonej niezgodnie z warunkami zamówienia wykonawca M.Ł. wskazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP nie może mieć miejsca w przypadku, kiedy niezgodność treści oferty dotyczy warunków (wymagań) proceduralnych, w tym co do formy oferty, sposobu jej sporządzenia czy przekazania i w tym zakresie powołał się na wyrok Izby z dnia 23 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1614/21. Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 1 SWZ obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie wyliczone na podstawie bazy cenowej wskazanej w ofercie i ilości dostarczonych posiłków. Cena wskazana w ofercie obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w zakresie wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia. W formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ wskazano, że w zakresie każdej części zamówienia wykonawcy mieli zaoferować cenę „zgodnie z wyliczeniem w bazie cenowej stanowiącej załącznik do oferty”. Ponadto w pkt VII formularza ofertowego określono, iż „Integralną część oferty stanowią następujące dokumenty: baza cenowa do wyliczenia ceny ofert”. Poza tym w formularzu oferty dodatkowej wskazano, iż wynagrodzenie dla poszczególnych części powinno zostać skalkulowane „zgodnie z wyliczeniem w bazie cenowej stanowiącej załącznik do oferty”. Zdaniem Odwołującego ani z treści SWZ ani z treści formularzy ofertowych nie wynikał obowiązek ponownego przedłożenia bazy cenowej do ofert dodatkowych a taki wymóg nie wynikał też z zaproszenia do złożenia oferty dodatkowej, gdyż Zamawiający poprosił jedynie wykonawców o złożenie formularza oferty dodatkowej. Jest nawet przeciwnie, bo zgodnie z literalnym brzmieniem dokumentacji wynagrodzenie miało zostać wyliczone na podstawie bazy cenowej wskazanej w ofercie a nie w ofertach czy też w ofercie dodatkowej w przypadku prowadzenia negocjacji. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Izby z dnia 23 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 673/23. W sytuacji, gdy Zamawiający wymaga przedstawienia przez wykonawców określonych informacji o charakterze merytorycznym, które mają tworzyć treść oferty, to wzór formularza ofertowego (lub innych odpowiednich dokumentów wypełnianych w tym celu przez wykonawców) powinien korelować z ustalonym w SWZ zakresem niezbędnych do wskazania informacji. Wykonawcy bowiem, działając w zaufaniu do instytucji zamawiającej, wypełniają formularz ofertowy zgodnie z instrukcjami z tego formularza wynikającymi, wskazując te informacje, które w świetle treści tego formularza, powinny się tam znaleźć. To Zamawiający określa w dokumentach zamówienia wymagany zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia wykonawcy, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien zatem dążyć do zachowania wewnętrznej spójności dokumentów zamówienia, w tym m. in. do tego, aby przygotowany przez niego wzór formularza ofertowego odpowiadał wymaganiom, jakie Zamawiający nałożył na wykonawców. Odwołujący powołał się na poglądy wyrażone w wyroku Izby z dnia 16 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 560/23. Według Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy, oparte wyłącznie na jego wymaganiach de facto niewyartykułowanych w treści dokumentacji, nie może być uznane za zgodne z przepisami ustawy PZP. W opinii Odwołującego nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, ponieważ powodowałyby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego

w obrocie gospodarczym. Oświadczenie Zamawiającego zawarte w treści dokumentów postępowania (w tym treść warunku udziału w postępowaniu) było kierowane do nieograniczonego kręgu osób i nadanie mu obecnie innej treści niż ta, która wynika z jego brzmienia zgodnie z zasadami języka polskiego, powoduje pokrzywdzenie wykonawców oraz zmianę reguł postępowania przetargowego po terminie składania ofert. Wyjście poza zakres dokumentów i oświadczeń określonych przez Zamawiającego w SWZ musi być traktowane negatywnie, bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

i warunki zamówienia Zamawiający określa przy publikacji postępowania, a po czasie składania ofert nie mogą one ulegać zmianom. Zamawiający określa zakres niezbędnych oświadczeń

i dokumentów, jakie mają wykonawcy złożyć w postępowaniu i które to dokumenty stanowią podstawę do oceny złożonej oferty. Ocena złożonej oferty, w każdym jej aspekcie, dokonywana jest w oparciu o te wymagane oświadczenia i dokumenty. Odwołujący uważa, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego jego oferta spełniała wszystkie warunki wyrażone w dokumentacji i nie było podstaw do jej odrzucenia. Zamawiający dysponował bazą cenową, która służyła wyliczeniu wynagrodzenia zarówno dla pierwotnej oferty, jak i oferty dodatkowej. Natomiast podstawą dla zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają

pewne pole do interpretacji. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział

w postępowaniu. Odwołujący uważa, że w przypadku jego oferty nie wystąpiły żadne merytoryczne wątpliwości co do oświadczenia woli i jego zgodności z wymogami Zamawiającego. Odrzucenie oferty Odwołującego stanowi jego zdaniem o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz podstawowych zasad udzielania zamówień z art. 16 ustawy PZP.

Uzasadniając zarzut nr 4 odwołania dotyczący nieuprawnionego wezwania Odwołującego do ponownego złożenia dokumentów w postaci bazy cenowej Odwołujący podał, że Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP wezwał go do uzupełnienia złożonych dokumentów, tj. załącznika baza cenowa stanowiącego podstawę do wyliczenia wartości wskazanych w ofercie. Dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy PZP są objęte tzw. oświadczenie własne wykonawcy, podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty i oświadczenia składane w postępowaniu. Przepisy art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP przewidują również wezwanie do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia także innych – niż oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub podmiotowe środki dowodowe – dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Ustawodawca nie precyzuje przy tym, jakie dokumenty lub oświadczenia mogą być składane, poprawiane, uzupełniane lub wyjaśniane na podstawie tego przepisu. Zakresem dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy PZP nie są zatem objęte oświadczenia lub dokumenty, których złożenie, poprawienie, uzupełnienie lub wyjaśnienie jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy PZP albo jeśli te przepisy określają konsekwencje ich niezłożenia, złożenia niekompletnego lub z błędami. Będą to więc oświadczenia i dokumenty składające się na ofertę sensu stricto z uwagi na zakaz dokonywania zmian w treści oferty po upływie terminu ich składania (art. 223 ust. 1 ustawy PZP), np. formularz cenowy niezbędny do wyliczenia całkowitej ceny oferty oraz rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Odwołujący podniósł, że w jego przypadku dokumenty, do których uzupełnienia został wezwany przez Zamawiającego, de facto stanowiły o treści oferty, a zatem Zamawiający nie był w ogóle uprawniony do wystosowania takiego wezwania. A więc brak odpowiedzi na tego rodzaju wezwanie nie może nieść żadnych negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy. Ponadto Odwołujący zauważył, że dokumenty te zostały złożone wraz z pierwotną ofertą i w żadnym aspekcie nie uległy zmianie. Stanowiły one element oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego, jako podstawa kalkulacji ceny oferty pierwotnej i dodatkowej, co oznacza, że były jednym z istotnych elementów przyszłej umowy.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego przedstawienia uzasadnienia faktycznego

i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie jej niezgodności z warunkami zamówienia w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne Odwołujący wskazał, że wypełnianie obowiązków informacyjnych przez Zamawiającego jest jedną

z najistotniejszych gwarancji transparentności postępowania, a także równego traktowania wykonawców. Przekazanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jest kulminacją wszystkich czynności dokonywanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres rzeczowy informacji został precyzyjnie określony w art. 253 ust. 1 ustawy PZP. Poprawne sformułowanie podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięć jest warunkiem koniecznym skutecznego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2019 r.

w sprawie o sygn. akt KIO 1688/19, w którym Izba odnosząc się do kwestii formułowania uzasadnienia odrzucenia oferty zauważyła, że: *„Zamawiający podaje podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SWZ). Tak opisany obowiązek ustawowy służy celom nie tylko informacyjnym, ale ma doniosłe skutki dla postępowania – wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej”*. Według Odwołującego jest to zasada uniwersalna, dająca się odnieść do każdego rozstrzygnięcia zamawiającego, które jest komunikowane wykonawcom. Z technicznego punktu widzenia Zamawiający powinien dokonać subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do odpowiedniej normy prawnej. Z uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego powinien zatem wynikać precyzyjny opis zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, iż w owym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie określonej (wskazanej precyzyjnie) normy prawnej. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie Zamawiający

w ogóle nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów, dlaczego postanowił odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Zamawiający bezrefleksyjnie podjął tę decyzję, nie biorąc pod uwagę faktu, że Odwołujący nie miał obowiązku załączania do oferty dodatkowej bazy cenowej. Ponadto, Zamawiający dysponował tym dokumentem, bowiem Odwołujący złożył go wraz z ofertą pierwotną.

Uzasadniając zarzut nr 6 odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP wykonawca M.Ł. podniósł, że opisane w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy PZP doprowadziły w konsekwencji również do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP. Jak wynika bowiem z informacji podanej przez Zamawiającego oferta wykonawcy P.K. została wybrana w sposób nieprawidłowy, bo powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona i to we wszystkich częściach, co doprowadziło również do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP.

W podsumowaniu uzasadnienia odwołania wykonawca M.Ł. podał, że wszystkie działania i zaniechania Zamawiającego przedstawione powyżej stanowią dowód na fakt, iż postępowanie było przez niego prowadzone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, a tym samym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP, ponieważ w aktualnym stanie rzeczy zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP.

**Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w złożonych pismach oraz oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w trakcie rozprawy w dniu 12 września 2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W dniu 1 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała wniosek Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym przetargu i nie stwierdziwszy wystąpienia przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy PZP wniosku tego Izba nie uwzględniła.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę P.K., gdyż zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 września 2023 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego piśmie z dnia 11 września 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z:

-Dokumentacji fotograficznej kuchni załączonej do odwołania,

-Wniosku wykonawcy M.Ł. z dnia 7 września 2023 r. skierowanego do Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Białej Podlaskiej w sprawie przeprowadzenia kontroli wraz z wnioskiem o cofnięcie decyzji o zatwierdzeniu zakładu (lokalu gastronomicznego).

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający gmina Biała Podlaska prowadził trybie podstawowym z art. 275 pkt 2 ustawy PZP postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na: „*Usługi społeczne: Usługi dostarczania posiłków do szkół, żłobka, przedszkola – Gmina Biała Podlaska*”. Zamawiający przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z możliwością prowadzenia negocjacji. Jednocześnie Zamawiający nie wprowadził ograniczenia liczby wykonawców przechodzących do fazy negocjacji (rozdział III ust. 2 SWZ).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lipca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00330393/01.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest usługa dostarczania posiłków do szkół, żłobka, przedszkola na obszarze Gminy Biała Podlaska. Według rozdziału IV ust. 4 lit. A Zamówienie zostało podzielone na sześć części, z czego część pierwsza zamówienia dotyczy dostarczania posiłków do szkół w Grabanowie i Woskrzenicach Dużych, część druga dotyczy dostarczania posiłków do szkół w Sławacinku Starym i Styrzyńcu, część trzecia dotyczy dostarczania posiłków do szkół w Sworach i Sitniku, część czwarta dotyczy dostarczania posiłków do szkół w Hrudzie i Ciciborze Dużym oraz żłobka w Ciciborze Dużym, część piąta dotyczy dostarczania posiłków do szkoły w Ortelu Książęcym Drugim, natomiast część szósta dotyczy dostarczania posiłków do przedszkola w Rakowiskach.

Ponadto w rozdziale IV ust. 4 lit. C pkt 21 SWZ Zamawiający przewidział, że w odniesieniu do dostarczania posiłków do przedszkola na obszarze podległej mu gminy wymaga, że wykonawca będzie dysponował kuchnią spełniającą wymagania obowiązujących przepisów prawa.

W rozdziale IV ust. 5 SWZ Zamawiający podał, że w prowadzonym postępowaniu nie wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie w rozdziale IV ust. 8 SWZ zastrzegł, że użycie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu posiadania certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia oznacza, że zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Zamawiający akceptuje także inne odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

W rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej i zawodowej przewidując w odniesieniu do wszystkich części zamówienia, że wymaga dysponowania środkami transportu spełniającymi obowiązujące przepisy prawa w zakresie wymogów sanitarnych dotyczących środka transportu żywności, które wykorzystywane będą do realizacji zamówienia – w liczbie odpowiedniej do realizacji zakresu zamówienia, o jaki ubiega się wykonawca.

Zgodnie z rozdziałem XIII ust. 3 SWZ Ofertę, której wzór stanowią Załącznik nr 2 do SWZ należy złożyć wyłącznie za pośrednictwem Platformy: [gmina-bialapodlaska.ezamawiajacy.pl](http://gmina-bialapodlaska.ezamawiajacy.pl). Oferta winna być sporządzona w języku polskim. W pkt 7 wzoru oferty określono, że integralną część oferty stanowi m. in. baza cenowa do wycenienia ceny oferty. We wzorze formularza ofertowego został zawarty również wzór wymaganego załącznika – bazy cenowej. Także w treści formularza oferty dodatkowej zostało zawarte odniesienie do bazy cenowej jako załącznika do oferty. Jednocześnie zgodnie z rozdziałem XIV ust. 1 SWZ obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przez wykonawcę przedmiotu

zamówienia będzie wynagrodzenie wyliczone na podstawie bazy cenowej wskazanej w ofercie i ilości dostarczonych posiłków. Cena wskazana w ofercie obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w zakresie wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawcy P.K. i M.Ł. złożyli oferty na wszystkie 6 części zamówienia. Wykonawcy załączyli do swoich ofert bazy cenowe. Wykonawca M.Ł. złożył następujące oferty w przedmiotowym postępowaniu:

- 1) w zakresie części nr 1 zamówienia – na kwotę 471 558 zł 36 gr,
- 2) w zakresie części nr 2 zamówienia – na kwotę 523 377 zł 96 gr,
- 3) w zakresie części nr 3 zamówienia – na kwotę 265 608 zł 00 gr,
- 4) w zakresie części nr 4 zamówienia – na kwotę 482 817 zł 10 gr,
- 5) w zakresie części nr 5 zamówienia – na kwotę 526 566 zł 00 gr,
- 6) w zakresie części nr 6 zamówienia – na kwotę 481 995 zł 36 gr.

W dniu 11 sierpnia 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informacje o ofertach, które nie zostały odrzucone oraz punktację przyznaną ofertom poszczególnych wykonawców w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację oraz informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Jednocześnie Zamawiający zaprosił do negocjacji wszystkich wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone w danej części zamówienia. Zaproszenie do złożenia oferty dodatkowej wykonawcy otrzymali poprzez platformę zakupową.

Wykonawca P.K. złożył oferty dodatkowe na wszystkie części zamówienia i załączył do nich aktualne bazy cenowe. Natomiast wykonawca M.Ł. złożył oferty dodatkowe wyłącznie na części nr 1 i nr 4 zamówienia i nie załączył do nich aktualnych baz cenowych. Oferta dodatkowa na część pierwszą zamówienia opiewała na kwotę 457 002 zł 00 gr, natomiast na część czwartą zamówienia opiewała na kwotę 479 165 zł 32 gr. Następnie w dniu 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę M.Ł. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia złożonych dokumentów, albowiem wykonawca ten nie złożył załącznika – bazy cenowej stanowiącej podstawę do wyliczenia wartości wskazanych w ofercie dodatkowej. Wykonawca M.Ł. nie odpowiedział na skierowane do niego przez Zamawiającego wezwanie.

Ostatecznie Zamawiający w ramach wszystkich sześciu części zamówienia wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę P.K.. Oferta dodatkowa wykonawcy M.Ł. w zakresie części nr 1 zamówienia została odrzucona na podstawie regulacji art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia. Jednocześnie w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę M.Ł. Zamawiający podał, że wykonawca ten nie załączył do swojego formularza oferty dodatkowej wymaganego załącznika w postaci bazy cenowej, co uniemożliwia sprawdzenie poprawności wyliczenia ceny oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie, choć jeden z podniesionych zarzutów odwołania okazał się być uzasadniony, ale jednak nie miał on wpływu na końcowy wynik sprawy.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 16 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Według zaś art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 128 ust. 1 stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Art. 239 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania:

Wbrew zarzutowi postawionemu przez Odwołującego Izba nie stwierdziła, że wykonawca P.K. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ z uwagi na podnoszoną przez Odwołującego okoliczność zaferowania nieodpowiedniej liczby środków transportu żywności do realizacji wszystkich części zamówienia, o które ubiegał się ten wykonawca. Do swojej oferty wykonawca P.K. załączył – na formularzu stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ – Wykaz środków transportu przeznaczonych do realizacji zamówienia, w którym oświadczył, że transport środków żywności we wszystkich częściach zamówienia będzie wykonywał za pomocą samochodu marki Citroen Berlingo. Z treści warunku udziału

w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ, jak również z innych zapisów dokumentacji postępowania, nie wynika w ogóle, jaką liczbę samochodów Zamawiający uznaje za „odpowiednią” dla realizacji przedmiotu zamówienia, stąd też to do decyzji wykonawców zostało pozostawione jaką liczbą samochodów uznają za wystarczającą, aby dowozić posiłki do placówek oświatowych i opiekuńczych na terenie gminy Biała Podlaska.

Niezależnie od tego

z literalnego brzmienia treści warunku udziału w postępowaniu nie można wysnuć wniosku, jak to czyni w swoim środku ochrony prawnej wykonawca M.Ł., że Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się dysponowaniem również odpowiednim samochodem do odbioru resztek i odpadów pokonsumpcyjnych oraz ich zutylizowania. Nic takiego nie wynika z treści postanowienia zawartego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ, albowiem jest tam mowa jedynie o dysponowaniu środkami transportu spełniającymi obowiązujące przepisy prawa w zakresie wymogów sanitarnych dotyczących środka transportu żywności. Izba podkreśla, że postanowienia SWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu należy odczytywać ściśle i nie jest uprawnione dokonywanie wykładni rozszerzającej takich postanowień oraz wiązanie ich z innymi zapisami SWZ, skoro nie zostało to wprost wyartykułowane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że wykonawca P.K. spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ, wobec czego zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w powiązaniu z naruszeniem art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP nie został przez Izbę uwzględniony.

#### W zakresie zarzutu nr 2 odwołania:

Odwołujący upatruje niezgodności oferty wykonawcy P.K. z warunkami zamówienia w nieprzystosowaniu kuchni posiadanej przez tego wykonawcę do przyrządzenia tak dużej ilości posiłków jakiej wymaga Zamawiający, jak również w tym, że jego zdaniem ulokowanie w piwnicy pomieszczeń kuchennych przez tego wykonawcę może świadczyć o niespełnianiu norm sanitarnych w zakresie przygotowywania posiłków. Na udowodnienie swoich twierdzeń Odwołujący załączył obszerną dokumentację kuchni mającej należeć do wykonawcy P.K. oraz wniosek z dnia 7 września 2023 r. skierowany do Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Białej Podlaskiej. Z treści dokumentacji postępowania, tj. z rozdziału IV ust. 4 lit. C pkt 21 SWZ, jednoznacznie wynika, że obowiązek dysponowania kuchnią spełniającą wymagania obowiązujących przepisów prawa Zamawiający przewidział jedynie w odniesieniu do dostarczania posiłków do przedszkoli położonych na terenie gminy. Zamawiający nie wymagał złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że zaoferowane mu usługi spełniają określone przez niego wymagania, cechy lub kryteria. Choć wykonawca P.K. nie zakwestionował wyraźnie, że na dołączonych do odwołania zdjęciach znajdują się należące do niego pomieszczenia kuchenne, to nie przyznał również, że to właśnie przy wykorzystaniu pomieszczeń gospodarczych utrwalonych na zdjęciach Odwołującego będzie on realizował zamówienie. Poza tym na podstawie tych zdjęć nie można w sposób kategoryczny stwierdzić czy uwieczniona na nich kuchnia jest wystarczająco duża, aby przygotować posiłki dla wszystkich uczniów i dzieci objętych żywieniem, jak również czy jej stan sanitarno-higieniczny nie jest zgodny z przepisami prawa. Jak słusznie zauważył Zamawiający z treści wniosku Odwołującego adresowanego do Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Białej Podlaskiej wynika, że na dzień złożenia oferty wykonawca P.K. posiadał wymagane zezwolenia na prowadzenie działalności gastronomicznej. Jednocześnie uwadze Izby nie umknęło to, że swój wniosek do Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Białej Podlaskiej wykonawca M.Ł. złożył dopiero po wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie. W ocenie Izby świadczy to tylko o tym, że wniosek ten został wygenerowany specjalnie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego po to, aby podważyć ofertę konkurenta, co zarazem czyni taki dowód mało wartościowy i w konsekwencji mało przydatny dla wykazania okoliczności objętych wnioskiem dowodowym Odwołującego.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby oferta wykonawcy P.K. była niezgodna z warunkami zamówienia, w tym z postanowieniem zawartym w rozdziale IV ust. 4 lit. C pkt 21 SWZ, więc tym samym zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w powiązaniu z naruszeniem art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP nie został przez Izbę uwzględniony.

#### W zakresie zarzutów nr 3 i nr 5 odwołania:

Za nieuzasadniony Izba uznała także zarzut odwołania dotyczący niesłusznego odrzucenia oferty dodatkowej Odwołującego w zakresie części nr 1 zamówienia jako złożonej niezgodnie

z warunkami zamówienia (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP) oraz powiązany z nim zarzut dotyczący niedostatecznego przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie jej niezgodności z warunkami zamówienia (naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Na wstępie należy wskazać, że zarówno w treści formularza ofertowego, jak i formularza oferty dodatkowej, do której złożenia wykonawcy zostali wezwani przez Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2023 r., zostało wyraźnie przewidziane, że integralną część oferty stanowi załącznik – baza cenowa, która ma potwierdzać wyliczenia ceny zaoferowanej przez wykonawców. Należy mieć na uwadze, że według rozdziału XIV ust. 1 SW żynagrodzenie wykonawcy będzie wyliczone na podstawie bazy cenowej wskazanej w ofercie

i ilości dostarczonych posiłków. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że Odwołujący przygotowując ofertę dodatkową przeprowadzał kalkulację celem określenia ceny jaką zamierza zaoferować w ramach oferty dodatkowej, a tym samym musiał korzystać z jakiejś formy bazy cenowej. Załącznik ten był niezbędny do sprawdzenia, czy nie doszło do błędów

w obliczeniu ceny lub do omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego. W tym przypadku należy przyznać rację Zamawiającemu, gdyż oferta dodatkowa złożona przez Odwołującego na część pierwszą zamówienia jest korzystniejsza od jego pierwotnej oferty (kwota 457 002 zł 00 gr wobec kwoty 471 558 zł 36 gr). Wykonawca M.Ł. musiał zatem posiłkować się nową bazą cenową przygotowując ofertę dodatkową, skoro finalnie zaoferowana cena uległa obniżeniu o kilkanaście tysięcy złotych. Wobec tego nie było żadnych podstaw do powoływania się na bazę cenową załączoną do oferty złożonej pierwotnie przez tego wykonawcę, albowiem ujęte w tej bazie liczby nie potwierdzały prawidłowości wyliczenia ceny w ofercie dodatkowej.

W tej sytuacji za w pełni trafne trzeba uznać sprostowanie Zamawiającego, który stwierdza

w odpowiedzi na odwołanie, że „Gdyby podążać za tokiem myślenia przedstawionym przez odwołującą w odwołaniu, należałoby sprawdzając ofertę dodatkową odwołać się do bazy cenowej załączonej do oferty podstawowej. W takim przypadku cenę wpisaną do druku oferty dodatkowej należałoby poprawić w ramach poprawy oczywistych omyłek zgodnie z cenami

z bazy cenowej do oferty podstawowej, co oczywiście prowadziłoby do sytuacji, że oferta dodatkowa byłaby identyczna z ofertą podstawową” oraz że „tok myślenia proponowany przez odwołującą jest błędny, ponieważ ideą stosowania negocjacji i zbierania ofert dodatkowych jest możliwość takiego ulepszenia oferty, by była ona bardziej korzystna dla zamawiającego

*i bardziej konkurencyjna wobec ofert innych wykonawców*". Wykonawcy mieli obowiązek załączenia do swoich ofert jako ich integralną część załącznik w postaci bazy cenowej, co wyraźnie wynikało ze wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ. Z racji tego, że Odwołujący nie podołał temu obowiązkowi i do swojej oferty dodatkowej nie załączył nowej bazy cenowej, na podstawie której wyliczył nową cenę oferty dodatkowej w zakresie części pierwszej zamówienia, to Zamawiający podjął słuszną decyzję odrzucając ofertę tego wykonawcy jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Jednocześnie pomimo zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu przez wykonawcę M.Ł. nie można uznać uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez tego wykonawcę za niespełniające wymagań z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, w tym zwłaszcza aby było ono niepełne, niejasne i budzące wątpliwości interpretacyjne. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wyraźnie podał podstawę prawną z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz zwięźle określił na czym właściwie polegało uchybienie po stronie Odwołującego. A że uchybieniem tym było jedynie niezaczenie przez wykonawcę M.Ł. do oferty jednego obligatoryjnego załącznika, czyli niedopatrzanie o charakterze elementarnym, to siłą rzeczy uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty tego wykonawcy musiało być krótkie i konkretne w treści. Natomiast cytowane obficie w uzasadnieniu odwołania orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące uchybień instytucji zamawiających w odniesieniu do sporządzania uzasadnień decyzji informujących o odrzuceniu ofert wykonawców nie znajduje w ogóle przełożenia na rozpoznanie tej sprawy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarówno zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP (zarzut nr 3), jak i zarzut dotyczący naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP (zarzut nr 5) w powiązaniu z naruszeniem art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP były niezasadne.

#### W zakresie zarzutu nr 6 odwołania:

Natomiast w odniesieniu do zarzutu nr 6 odwołania dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP, to z uzasadnienia odwołania wynika, że wykonawca M.Ł. wiąże naruszenie tego przepisu z niesłusznym zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy P.K. oraz niesłusznym odrzuceniem oferty Odwołującego, co skutkowało wyborem oferty jego konkurenta jako najkorzystniejszej w ramach części nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 zamówienia. Brak jest tu jednak powiązania naruszenia normy prawnej z kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym. W ocenie Izba skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP wymaga wykazania, że Zamawiający dokonał oceny ofert w postępowaniu niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria, natomiast samo dokonanie wyboru innej oferty, która zdaniem skarżącego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, jest niewystarczające.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła również zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP.

#### W zakresie zarzutu nr 4 odwołania:

Jedyny zarzut odwołania złożonego przez wykonawcę M.Ł., który Izba uznała za zasadny, dotyczył naruszenia przez Zamawiającego regulacji art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieuprawnione wezwanie Odwołującego do ponownego złożenia dokumentu w postaci bazy cenowej. Rację ma w tym przypadku Odwołujący twierdząc, że baza cenowa jako integralna część oferty nie mogła podlegać uzupełnieniu. Prowadziłoby to bowiem do zmiany treści oferty, czego zakazuje art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy PZP. Poza tym bazy cenowej wymaganej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie można zaliczyć do katalogu dokumentów wymienionych w art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Jednocześnie podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że załączył on bazę cenową do pierwotnie złożonej oferty, wobec czego Zamawiający nie musiał go już wzywać do uzupełnienia tego dokumentu, pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego w tym zakresie, albowiem baza cenowa załączona do oferty pierwotnie złożonej przez Odwołującego w żadnej mierze nie mogła stanowić potwierdzenia nowej, niższej ceny zaoferowanej w wyniku negocjacji w ofercie dodatkowej. Uwzględnienie tego zarzutu pozostaje również bez wpływu na wynik niniejszej sprawy, albowiem dalej idące zarzuty odwołania kwestionujące prawidłowość wyboru oferty konkurenta Odwołującego w ramach części nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 zamówienia oraz niesłusznego odrzucenia oferty Odwołującego w części nr 1 zamówienia nie potwierdziły się. Bez względu na zasadność tego zarzutu zarówno wybór oferty wykonawcy P.K. jako oferty najkorzystniejszej w ramach wszystkich zaskarżonych części zamówienia był prawidłowy, jak również Izba nie stwierdziła, aby doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy M.Ł.

w ramach części pierwszej zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł 00 gr z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Zważywszy na treść § 5 pkt 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 brak było podstaw do zasądzenia na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów prawnego w wysokości przekraczającej stawkę 3 600 zł 00 gr.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**.....