

Sygn. akt: KIO 2355/23

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpitale Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni

przy udziale wykonawcy Fudeko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Fudeko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 80 zł 00 gr (słownie: osiemdziesiąt złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 680 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2355/23

Uzasadnienie

Zamawiający Szpitale Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne pod nazwą „Usługa przygotowania i dostarczania całodziennego wyżywienia dla pacjentów Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w lokalizacji w Gdańsku” (dalej: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 079-234920.

I. W dniu 7 sierpnia 2023 r. wykonawca Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Fudeko S.A;
- wyboru oferty wykonawcy Fudeko S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
- zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Fudeko S.A. do wykazania spełnienia warunków udziału w

Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fudeko S.A., w sytuacji gdy istniały przesłanki do stwierdzenia, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, a to z uwagi na:
 - złożony przez Wykonawcę w Formularzu Asortymentowo-Centrum (Załącznik nr 2 do SWZ) podział ceny jednostkowej netto i brutto za poszczególne posiłki - niezgodny z Projektem Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ);
 - sprzeczne z ustawą usunięcie w/w nieprawidłowości przez Zamawiającego tj. zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”;
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Fudeko S.A. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy podlegała ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia określonymi w SWZ;
- 3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Fudeko S.A. do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie czasu dysponowania kuchnią główną wskazaną przez ww. wykonawcę w Wykazie potencjału technicznego (Załącznik nr 9 do SWA), w sytuacji gdy umowa na kuchnię wskazaną przez wykonawcę Fudeko S.A. została zawarta do 30.09.2024 roku, a Zamawiający wymaga dysponowania kuchnią przez cały okres trwania umowy tj. min. do 04.2025 roku.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty wykonawcy Fudeko S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ewentualnie w przypadku uznania odrzucenia oferty Fudeko S.A. za niezasadne – nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Fudeko S.A. do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania kuchnią główną przez cały czas obowiązywania umowy;
- dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu;
- dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący podniósł m.in.:

Zgodnie z postanowieniem § 8 ust. 4 Projektu Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) wartość procentowa udziału poszczególnych posiłków w cenie jednostkowej usługi została określona w sposób jednoznaczny poprzez wskazanie konkretnych wartości procentowych i powinna wynosić: śniadanie – 25%, II śniadanie – 5%, obiad – 45%, podwieczorek – 5%, kolacja z posiłkiem nocnym – 20%. Wykonawca Fudeko S.A. w Formularzu Asortymentowo-Cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ) dokonał następującego podziału ceny jednostkowej netto oraz brutto za poszczególne posiłki:

- „Śniadanie: 10,85 netto zł, 11,72 brutto zł, co stanowi 28% udziału w cenie jednostkowej;
- II śniadanie 1,50 netto zł, 1,62 brutto zł, co stanowi 4% udziału w cenie jednostkowej;
- Obiad: 18,09 netto, 19,54 brutto zł, co stanowi 46% udziału w cenie jednostkowej;
- Podwieczorek: 1,50 netto zł, 1,62 zł brutto zł, co stanowi 4% udziału w cenie jednostkowej;
- Kolacja: 7,24 netto zł, 7,82 brutto zł (w tym w kalkulowany koszt posiłków nocnych dla pacjentów z cukrzycą), co stanowi 18 % udziału w cenie jednostkowej.”

Pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Fudeko S.A. o wyjaśnienie powyższych rozbieżności. Pismem z dnia 14 czerwca 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca Fudeko S.A. oświadczył, że podział został zastosowany omyłkowo i nie prowadzi w żaden sposób do zmiany wartości oferty.

Pismem z dnia 28 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował, że podjął decyzję o poprawieniu omyłki wykonawcy Fudeko S.A. na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że znane są procentowe udziały poszczególnych posiłków oraz cena jednostkowa za całodienne wyżywienie pacjenta zaoferowana przez wykonawcę Fudeko S.A. W związku z tym Zamawiający poprawił ceny za poszczególne posiłki, które po poprawieniu wyniosły:

- „Śniadanie: 9,795 netto zł, 10,5775 brutto zł;
- II śniadanie 1,959 netto zł, 2,1155 brutto zł;

- Obiad: 17,631 netto, 19,0395 brutto zł;
- Podwieczorek: 1,959 netto zł, 2,1155 zł;
- Kolacja: 7,836 netto zł, 8,462 zł (w tym w kalkulowany koszt posiłków nocnych dla pacjentów z cukrzycą)."

W ocenie Odwołującego dokonując powyższej poprawy ceny za poszczególne posiłki Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe zakwalifikowanie działania wykonawcy Fudeko S.A. jako omyłki, gdyż rachunkowo jest ona poprawna. Wykonawca Fudeko S.A. po prostu przedstawił inny udział procentowy poszczególnych posiłków w cenie całego osobodnia, a Zamawiający nie ma prawa dostosowywania tego podziału do treści SWZ. Odwołujący stwierdził, że dokonując „poprawy” dokonanej przez wykonawcę Fudeko S.A. podziału cenowego jednego osobodnia Zamawiający sam przyznał, że oferta ww. Wykonawcy jest niezgodna z SWZ.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w Rozdziale VI ust. 1 lit. d pkt. 3) SWZ Zamawiający przewidział następujący warunek udziału w postępowaniu:

„W postępowaniu może brać udział Wykonawca, który dysponuje Kuchnią główną/podstawową (I Kuchnia) zlokalizowaną w takiej odległości, aby było możliwe dostarczenie posiłków do siedziby Zamawiającego w terminie zapewniającym zachowanie parametrów jakościowych posiłków tj. w terminie, który nie przekracza 60 minut. – według wzoru załącznika nr 9 do SWZ.” Zamawiający w Rozdziale VIII przewidział potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu m.in. przez wskazany w pkt 1.20 „wykaz potencjału technicznego dostępnego wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, w zakresie wskazanym w rozdz. VI pkt 1.d) 3) SWZ - wg wzoru zawartego w załączniku nr 9 do SWZ.” Zgodnie z dokumentem zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 05.05.2023 r. w odpowiedzi na pytanie: „Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie, że kuchnię główną/podstawową, którą Wykonawca wskazuje w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powinien dysponować przez cały okres realizacji zamówienia.” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza, że kuchnię główną/podstawową Wykonawca musi dysponować przez cały okres trwania umowy.” Z wykazu potencjału technologicznego (Załącznik nr 9 do SWZ), który wykonawca Fudeko S.A. przedstawił na wezwanie Zamawiającego wynika, że jako kuchnię główną wskazał kuchnię mieszczącą się przy ul. Polanki 121, 80-308 Gdańsk Odwołujący stwierdził, że z ogłoszenia nr 2022/BZP 00515524 o wyniku postępowania na Usługi „Świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej „Polanki” w Gdańsku ul. Polanki 121 w okresie od 01.11.2022 do 30.09.2024 roku” z dnia 27.12.2022 r. wiadomo, że wykonawca Fudeko S.A. będzie dysponował kuchnią wykazaną na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, mieszczącą się przy ul. Polanki 121, 80-308 Gdańsk, jedynie do 30.09.2024 roku, a nie przez cały 20 miesięczny okres trwania umowy, tak jak wymaga tego Zamawiający w niniejszym postępowaniu tj. minimum do kwietnia 2025. Zdaniem Odwołującego wynika to z faktu, że wykonawca Fudeko S.A. realizuje usługę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym DPS/1/TP/2022 jedynie do dnia 30.09.2024 roku. Zatem zakończenie realizacji w/w usługi powoduje jednocześnie zaprzestanie korzystania przez wykonawcę Fudeko S.A. z kuchni wskazanej w niniejszym postępowaniu jako kuchnia główna. Powyższy wniosek płynie także z projektowanego postanowienia umowy najmu pomieszczeń kuchni wraz z wyposażeniem stanowiącego Załącznik nr 9 do SWZ w postępowaniu dla Domu Pomocy Społecznej „Polanki”. Postanowienie § 2 wskazanej powyżej Umowy stanowi: W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Fudeko S.A. do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie czasu dysponowania kuchnią główną wskazaną w Wykazie potencjału technicznego (Załącznik nr 9 do SWZ).

Pismem wniesionym w dniu 21 sierpnia 2023 r. Odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający stwierdził, że dokonana przez niego czynność poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Fudeko S.A. należy uznać za zgodną z przepisami ustawy Pzp. Zauważył, że posiadał wszelkie informacje pozwalające na samodzielne poprawienie przez niego zaistniałej omyłki, gdyż w SWZ w sposób jednoznaczny dokonał procentowego podziału ceny posiłków wchodzących w skład osobodnia żywnego pacjenta. Zwrócił uwagę, że różnice wynikające z błędnego przeliczenia kwot w stosunku do ustalonych w projekcie umowy procentów są znikome i oscylują w granicach do 3% (odpowiednio to 2,69%, 1,17%, 1,20%, 1,18%, 1,52%), zatem niewątpliwie omyłka ta nie ma charakteru istotnego, tym bardziej, iż cena jednostkowa oraz łączna wartość zaoferowana przez wykonawcę Fudeko S.A. jako essentialia negotii nie ulegają zmianie. Wskazał, że podział procentowy został skonstruowany przez Zamawiającego nie w celu stałego rozliczania umowy, ale jak wskazano w § 8 ust. 4 Projektu Umowy na potrzeby sytuacji, kiedy pacjent nie będzie zaprowiantowany przez cały dzień. Podział procentowy nie był też przedmiotem elementu oferty sensu stricto, bowiem w umowie został narzucony, a jego ujęcie w Formularzu asortymentowo-cenowym miało znaczenie dla Zamawiającego wyłącznie techniczne — jako załącznik do przyszłej umowy miał ułatwiać rozliczanie poszczególnych posiłków. Nie miał

zatem żadnego wpływu na cenę oferty i jej późniejsze wykonanie, tj. realizację umowy.

Za bezzasadny Zamawiający uznał również zarzut niewykazania przez wykonawcę Fudeko S.A. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania Kuchnią główną/podstawową. Stwierdził, że nie wymagał, aby wykonawca dysponował tą samą kuchnią główną przez cały czas trwania umowy. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy potwierdził jedynie, że wykonawca musi dysponować kuchnią główną przez cały okres trwania umowy, tj. kuchnią spełniającą warunki postawione w postępowaniu, ale niekoniecznie tą samą kuchnią, wskazaną w ofercie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Fudeko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni (dalej także jako: „Przystępujący”).

Stanowisko w sprawie, zbliżone do stanowiska Zamawiającego, Przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 21 sierpnia 2023 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny w zakresie przebiegu postępowania odwoławczego jest zgodny z rzeczywistością, jak również nie stanowił przedmiotu sporu pomiędzy stronami. Spór dotyczy oceny prawnej działań Zamawiającego w odniesieniu do oferty i innych dokumentów złożonych przez wykonawcę Fudeko S.A.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w zaistniałym stanie faktycznym sprawy nie zachodziły przesłanki do dokonania poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Fudeko S.A.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem, aby możliwe było zastosowanie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezgodność z dokumentami zamówienia musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści - tak np. w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, wyd. II Warszawa 2023, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII GA 429/09. W komentarzu pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej oraz A. Matusiak (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022) również wyrażono pogląd, że „podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy”. Podobne stanowisko wielokrotnie wyrażane było w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 28 lutego 2023 r. KIO 423/23). Odnosząc powyższe do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, co następuje: Po pierwsze, w ocenie składu orzekającego Izby to pierwotnie zawarta w ofercie treść w zakresie cen poszczególnych posiłkowych i ich udziału procentowego w cenie całego osobodnia odpowiadała woli wykonawcy Fudeko S.A. w zakresie oferowanego Zamawiającemu świadczenia. Ceny za poszczególne posiłki zostały przez tego wykonawcę podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, a zatem zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt XVI. 7 SWZ, a suma cen netto za poszczególne posiłki równa się podanej cenie netto całego osobodnia. Natomiast ceny za poszczególne posiłki poprawione przez Zamawiającego to kwoty z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Skład orzekający Izby nie daje wiary, że wola wykonawcy Fudeko S.A. było podanie cen z dokładnością do czterech miejsc po przecinku, skoro co do zasady podaje się ceny z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku - tak jak podał to wykonawca Fudeko S.A. w swojej ofercie i tak jak Zamawiający wymagał w ww. postanowieniu SWZ. Po drugie, poprawienie treści oferty wykonawcy nie może być dokonane w sposób niezgodny z treścią SWZ, a w taki sposób zostało to dokonane przez Zamawiającego. Zamawiający dokonał bowiem poprawienia omyłki poprzez zmianę cen jednostkowych przyjmując wartości z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Natomiast zgodnie z ww. pkt XVI. 7 SWZ „Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zaokrąglona w razie konieczności wg zasad matematyki”. Nie jest możliwe dokonywanie płatności w przypadku cen ustalonych z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Natomiast zgodnie z § 8 ust. 6 projektu umowy faktury będą wystawiane z dołu na podstawie miesięcznego zestawienia liczby posiłków wydanych na poszczególne oddziały. Ceny zaoferowane za poszczególne posiłki przez wykonawcę stanowią podstawę rozliczenia pomiędzy zamawiającym i wykonawcą w przypadku diet niepełnych (§ 8 ust. 2 i 4 projektu umowy). Zatem podane ceny jednostkowe za poszczególne posiłki mają istotne znaczenie dla ustalenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku diet niepełnych i powinny zostać podane zgodnie z regułą ustaloną przez Zamawiającego w pkt XVI. 4 SWZ

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że czynność poprawienia przez Zamawiającego omyłki w ofercie wykonawcy Fudeko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni została dokonana niezgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie ww. czynności.

W konsekwencji powyższego należało stwierdzić zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 28 ustawy Pzp pod pojęciem warunków zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wymóg dotyczący procentowego udziału cen poszczególnych posiłków w cenie osobodnia został zawarty w projektowanych postanowieniach umowy. Mając na uwadze powyższe zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Fudeko S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy Fudeko S.A. do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie czasu dysponowania kuchnią główną należy stwierdzić, iż słusznie wskazywali Zamawiający i Przystępujący, że w ramach ww. warunku udziału w Postępowaniu nie został postawiony wymóg, aby wykonawca dysponował tą samą kuchnią główną przez cały czas trwania umowy. Bezsporne jednak było to, że w odpowiedzi na pytanie wykonawcy Zamawiający potwierdził, że wykonawca musi dysponować kuchnią główną przez cały okres trwania umowy. Bezsporna pomiędzy stronami była okoliczność, że Przystępujący dysponuje kuchnią główną/podstawową, którą wykazał w Załączniku nr 9 do SWZ – Wykaz potencjału technicznego do 30 września 2024 r. (Przystępujący potwierdził tę okoliczność w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy w dniu 21 sierpnia 2023 r.) Zgodnie z ugruntowanym poglądem odpowiedzi zamawiającego na pytania do SWZ uzupełniają treść tego dokumentu i na równi co SWZ obowiązują wykonawców. Ponadto, wskazuje się, że „zdolność techniczna (inaczej: potencjał techniczny) określa, czy wykonawca dysponuje wymaganymi do wykonania zamówienia środkami technicznymi i wyposażeniem w postaci maszyn, urządzeń i narzędzi. W przypadku zdolności technicznej nie jest konieczne, aby wykonawca był właścicielem niezbędnego wyposażenia technicznego. Wymagane jest jedynie, aby wykonawca dysponował środkami technicznymi w czasie realizacji zamówienia. Wystarczy zatem, że wykonawca udowodni możliwość wynajęcia środków technicznych do celów realizacji zamówienia.” (Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, wyd. II Warszawa 2023). Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Przystępujący powinien być w wykazie potencjału technicznego wykazać również kuchnię główną/podstawową, którą będzie dysponował na potrzeby realizacji zamówienia w okresie od 1 października 2024 r. do końcowego terminu realizacji umowy. Przystępujący mógł wskazać inną kuchnię niż zlokalizowaną przy ul. Polanki 121 w Gdańsku. Brak wskazania kuchni głównej/podstawowej na cały okres realizacji zamówienia oznacza niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi podstawę wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wobec jednak stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Fudeko S.A. należało odstąpić od nakazania Zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodnicząca: