

WYROK

z dnia 12 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **12 lipca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **27 czerwca 2023 r.**

przez wykonawcę: **TN T. N., Zakrzewo** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi cateringowej polegającej na przygotowaniu, dostawie obiadów i wydaniu posiłków oraz obsłudze stołówek w szkołach podstawowych na terenie Gminy Tarnowo Podgórne* (WOP.271.14.2023) – w częściach zamówienia nr 1, 2, 4, 5, 7

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Tarnowo Podgórne** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **I. W. „Pyszoty”, Komorniki** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gmina Tarnowo Podgórne {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy *Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi cateringowej polegającej na przygotowaniu, dostawie obiadów i wydaniu posiłków oraz obsłudze stołówek w szkołach podstawowych na terenie Gminy Tarnowo Podgórne* (WOP.271.14.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 kwietnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00179926/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

22 czerwca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w częściach nr 1, 2, 4, 5, 7 oferty złożonej przez I. W. „Pyszoty” z Komorników {dalej: „Pyszoty” lub „Przystępujący”}.

27 czerwca 2023 r. TNT. N. z Zakrzewa {dalej: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechań Zamawiającego dotyczących oferty Pyszot.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów, która uwzględnia łącznie treść pkt III i IV odwołania}:

1. Art. 16 pkt 1 – przez nierówne traktowanie oferentów i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru Pyszot, które winny zostać wykluczone z udziału w zamówieniu ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do prawdziwości swojej oferty.
2. Art. 109 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie wykluczenia Pyszot, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziły Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
3. Art. 226 ust. 1 pkt 2 – przez wybór oferty Pyszot, które powinny zostać wykluczone.
4. Art. 223 ust. 1 – przez uznanie uzyskanego 14 czerwca 2023 r. od Pyszot oświadczenia jako spełniającego warunki ustawy oraz SWZ, podczas gdy jego treść wewnętrznie sprzeczna i nie stanowi odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 13 czerwca 2023 r.
5. Art. 17 ust. 2 – przez wybranie Pyszot niezgodnie z przepisami, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od

nich rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień dotyczących ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji o wyborze oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości tej ceny.

6.Art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 – przez zaniechanie uzyskania od Pyszot rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących ceny świadczenia usług oraz miejsca przygotowywania posiłków, które wskazywałyby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (przekazane przez Pyszoty informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej i wprowadzają w błąd Zamawiającego co do miejsca przygotowywania posiłków oraz czasu i sposobu ich dostawy).

7.Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie uzyskania od Pyszot rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień dotyczących jej oferty, podczas gdy Zamawiający był przed pierwszym oraz drugim wyborem wielokrotnie informowany o wątpliwościach przez innego wykonawcę.

8.Art. 226 ust. 1 pkt 7 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

9.Art. 226 ust. 1 pkt 10 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Powtórzenia badania i oceny ofert.

3.Wykluczenia Pyszot z postępowania i odrzucenia jej oferty.

W ramach wspólnego dla wszystkich powyższych zarzutów i żądań uzasadnienia odwołania zostały w szczególności podniesione okoliczności faktyczne i prawne, jak to poniżej zacytowano.

(...)

Wskazać należy, że I. W. Pyszoty składając swoją ofertę na poszczególne części zamówienia w ocenie Odwołującego posłużyła się fałszywymi oświadczeniami co do miejsc, z których do szkół będzie dowożone przygotowywane posiłki, tym samym bezprawnie wpływając na jedno z kryteriów czas dowozu. W szczególności Pyszoty zdaniem odwołującego na dzień składania oferty nie były w posiadaniu niezbędnych kuchni w miejscowościach Wysogotowo przy ul. Wierzbowej 84 (INEA PARK) oraz Poznań przy ul. Wichrowej 1A (WEST POINT), z których t miejsc miał być zapewniony dowóz do szkół w miejscowościach, co do których I. W. złożyła ofertę.

Ze względu na unieważnienie pierwotnego rozstrzygnięcia, zamawiający wezwał dnia 13 czerwca 2023 roku I. W. do złożenia stosownych wyjaśnień (nie żądając dokumentów, których żądać mógł), przy okazji niejako sugerując Pyszotom rozwiązanie zaistniałej sytuacji poprzez złożenie oświadczenia, że dysponują one „umową przedwstępną/przyrzeczoną, w momencie składania oferty” dla nieruchomości położonych przy ul. Wichrowej 1a w Poznaniu oraz przy ul. Wierzbowej 84 w Wysogotowie. W odpowiedzi na żądanie I. W. pismem z dnia 14 czerwca 2023 roku oświadczyła, że „na dzień złożenia dokumentacji przetargowej dysponowaliśmy miejscem przygotowywania posiłków w punktach: ul. Wierzbowa 1a 60-101 Poznań (...) oraz 2. ul. Wichrowa 84, 62-081 Wysogotowo(...)”.

I. W. wskazała również w rzeczonej odpowiedzi (myląc numeracje budynków na ulicach oraz źle przyporządkowując ulicę do miejscowości – powinno być: Wierzbowa 84 w Wysogotowie oraz Wichrowa 1A w Poznaniu), że:

„1. Ul. Wierzbowa 1A, 60-101 Poznań – działania mające na celu wynajem pomieszczeń rozpoczęliśmy po ogłoszeniu przez Gminę Tarnowo Podgórne przetargu na świadczenie usługi cateringowej polegającej na przygotowaniu, dostawie obiadów i wydaniu posiłków oraz obsłudze stołówek w szkołach podstawowych na terenie Gminy Tarnowo Podgórne. Posiadając wiedzę, iż ówczesny najemca: firma Domowy Obiadek wynajmuje lokal tylko do dnia 2023.04.30. po tym terminie lokal był przeznaczony do naszego wynajmu i tak jak wskazano w umowie przedwstępnej rozpoczęto działania mające na celu wynajem punktu gastronomicznego po zdaniu lokalu przez Wynajmującego, czyli po dniu 2023.04.30.

2. Ul. Wichrowa 84, 62-081 Wysogotowo – działania mające na celu wynajem pomieszczeń rozpoczęliśmy po ogłoszeniu przez Gminę Tarnowo Podgórne przetargu na świadczenie usługi cateringowej polegającej na przygotowaniu, dostawie obiadów i wydaniu posiłków oraz obsłudze stołówek w szkołach podstawowych na terenie Gminy Tarnowo Podgórne. Posiadaliśmy umowę przedwstępną w której omówione zostały warunki wynajmu, które jasno określają, iż ostateczna umowa najmu zostanie podpisana w przeciągu 3 dni od daty pozytywnego rozpatrzenia naszej oferty w ww. postępowaniu”.

(...)

Tymczasem w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu ustawodawca przyjął, że wykonawca musi je spełniać już w dniu wyznaczonym na składanie ofert (tak: wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3221/21 Zgodnie z powołanym wyrokiem konkluzja jest taka, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, co wynika z analizy przepisów zawartych w ustępach 1 i 3 art. 125 ustawy PZP.

(...)

Jak wynika nadto z oświadczenia zawartego w zgłoszeniu przystąpienia I. W. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z dnia 1 czerwca 2023 roku – Pyszoty nie dysponowały żadną z lokalizacji podanych w ofercie.

Kwestia umów przedwstępnych i podjętych działań w tym zakresie pojawiła się dopiero na etapie wyjaśnień złożonych w dniu 14 czerwca 2023 roku.

(...)

Według wiedzy Odwołującego I. W. zataiła okoliczność, że posiłki na potrzeby realizacji zamówienia będą przygotowywane w kuchni ulokowanej na osiedlu Bolesława śmiałego w Poznaniu, zaś podane przy ofertach lokalizacje są abstrakcyjne i nieprzygotowane pod realizację zamówienia, wobec czego jako takie nie mogą wraz z ofertą zasługiwać na aprobatę.

Wątpliwość Odwołującego nadto zbudza także zaproponowana przez I. W. cena, która wyklucza możliwość pokrycia kosztów zatrudnienia wymaganej ilości osób do obsługi stołówek w wymaganym czasie pracy poprzez koszty zatrudnienia przewyższające różnicę ceny ofertowej i wymaganej wartości wsadu do kotła tj. 11 zł brutto. W tej kwestii Odwołujący złożył stosowne zapytanie, które jednak pozostało bez odpowiedzi.

(...)

Na marginesie, dokonując wykładni zamiaru zamawiającego w SWZ, w ocenie odwołującego warunkiem udziału w przetargu podanie ceny ofertowej, a na cenę ofertową zgodnie z treścią SWZ składają się: cena – 50 %, doświadczenie kucharza – 30% oraz czas dowozu – 20%. Wobec powyższego kwestię czasu dostawy traktować należy jako składową całej ceny ofertowej, a w konsekwencji jej podanie wpływa bezpośrednio na ziszczenie się warunku w postaci zawarcia w ofercie ceny ofertowej.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 28 czerwca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący zwrócił uwagę na następujące postanowienia SWZ.

Po pierwsze, na rozdział VII pn. „Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp”), gdzie katalog podstaw wykluczenia Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia z art. 109 ustawy pzp.

Po drugie, na pkt 1 rozdziału VIII pn. „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podmiotowych środkach dowodowych”, gdzie Zamawiający określił dwa warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: pierwszy – wymagający należytego wykonania usługi związanej z przygotowaniem i dostarczaniem obiadów, świadczonej w sposób ciągły przez minimum 9 miesięcy o łącznej wartości określonej odrębnie dla każdej z siedmiu części, drugi – wymagający dysponowania co najmniej jednym dietetykiem. Odpowiednio do tego w pkt 9 tego rozdziału Zamawiający wymienił jako podmiotowe środki dowodowe: a) wykaz usług wykonanych według załącznika do SWZ, b) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego według załącznika do SWZ.

Po trzecie, na rozdział XVI pn. „Opis kryteriów oceny ofert...”, gdzie Zamawiający określił, że przy wyborze ofert w każdej z części zamówienia będzie kierował się następującymi kryteriami: a) cena – 50 %, b) doświadczenie kucharza – 30%, c) czas dowozu – 20%. Przy czym w opisie tego ostatniego kryterium uszczegółowił, że jest to czas dowozu posiłków z miejsca przygotowywania posiłków do danej szkoły. Czas należy podać w pełnych minutach. Czas dowozu należy podać na podstawie serwisu internetowego google maps. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że jeżeli w trakcie realizacji zamówienia nastąpi zmiana miejsca przygotowywania posiłków, Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia innego miejsca, w którym będą przygotowywane posiłki, z którego czas dowozu mieści się w tym samym przedziale czasowym jak w ofercie, co skutkowałoby otrzymaniem tyle samo punktów w tym kryterium. W związku z tym w formularzu oferty przewidziano miejsce na złożenie przez wykonawcę oświadczenia o czasie dowozu posiłków oraz o adresie miejsca przygotowywania posiłków.

W tych okolicznościach Przystępujący podniósł w szczególności, co następuje.

Po pierwsze, że zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp jest bezzasadny w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewidział takiej podstawy wykluczenia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po drugie, że na dzień składania ofert Pyszoty nie musiały mieć żadnych uprawnień do lokali pod adresami wskazanymi w formularzu oferty, ich wpisu jako miejsc wykonywania działalności gospodarczej w CEIDG czy do rejestru Państwowej Inspekcji Sanitarnej, gdyż Zamawiający nie postawił takich warunków udziału w postępowaniu, w tym nie wymagał zdolności technicznej co do dysponowania określonym zapleczem kuchennym.

Po trzecie, że kryterium podlegającym ocenie przez Zamawiającego nie jest adres przygotowania, a wskazany w ofercie czas dowozu posiłków. Stąd o ile wykonawca przez cały okres realizacji tego zamówienia zobowiązany jest do jego dochowania, o tyle samo miejsce przygotowywania posiłków może ulec zmianie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 lipca 2023 r. ustosunkował się do zarzutów odwołania, jak to poniżej zacytowano.

Odnosnie merytorycznego aspektu odwołania to jego bezzasadność wynika z okoliczności, które ustalił podczas powtórnego badania Zamawiający a dodatkowo dokumentują ich prawdziwość oświadczenia i dokumenty złożone przez przystępującą do postępowania odwoławczego firmę Pyszoty I. W.. W szczególności istotne znaczenie dowodowe mają załączone do pisma wykonawcy Pyszoty I. W. o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, oświadczenia osób

trzech, dysponującymi lokalami, co do których władania sprowadzały się zarzuty w obu odwołaniach. Zamawiający ponownie podkreśla, że posiadanie pisemnej umowy Wykonawcy z osobą dysponującą przedmiotowymi lokalami nie była wymagana w SWZ, ani w chwili składania oferty. Niemniej wybrany wykonawca Pyszoty I. W. wykazał przywołanymi dokumentami, że już w chwili składania oferty miał zapewnione prawo do działania we wskazanych w ofercie lokalach.

Twierdzenia podniesione w odwołaniu w sposób oczywisty nie zgadzają się ze stanem faktycznym, który ustalił Zamawiający podczas powtórzenia czynności jak również dokumentami załączonymi do pisma o przyłączeniu do postępowania odwoławczego wykonawcy Pyszoty I. W.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp.

Za oczywiście niezasadny Izba uznała poniżej zacytowany wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy pzp, o co w pierwszej kolejności wniósł Zamawiający we wspomnianej odpowiedzi na odwołanie.

W wyniku wcześniejszego postępowania odwoławczego w tej samej sprawie (KIO 1499/2023) Zamawiający uznał jego zasadność w części zarzutów wskazanych w pkt. IV ppkt. 1 i 3 odwołania i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, po czym przeprowadził uchylone czynności ponownie, wnikliwie wyjaśniając istotę odwołania jaką był zarzut niedysponowania przez Wykonawcę Pyszoty I. W. lokalami, które wskazał w ofercie. W ten sposób zdaniem Zamawiającego badanie to wyczerpało przesłanki odrzucenia odwołania w trybie art. 528 pkt. 4 ustawy Pzp. Należy w tym zakresie zauważyć, że zarówno orzeczenie o uznaniu wcześniejszego odwołania za zasadne jak i umorzenie postępowania odwoławczego przed KIO z dnia 6 czerwca 2023 r. wywołałoby ten sam skutek, a mianowicie powtórzenie czynności, co Zamawiający wykonał.

Zgodnie z art. 528 pkt 4 ustawy pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Poza wszelkim sporem jest, że postępowanie odwoławcze toczące się pod sygn. KIO 1499/23, wywołane poprzednim odwołaniem T. N., postanowieniem z 6 czerwca 2023 r. zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, gdyż Izba uznała, że stało się ono zbędne wobec unieważnienia wyboru oferty Pyszot jako najkorzystniejszej, z uwagi na brak tzw. substratu zaskarżenia, który pozwalałby na merytoryczne rozpoznanie odwołania.

W konsekwencji nie została wypełniona hipoteza normy prawnej, na którą wskazał Zamawiający, gdyż skoro Izba w poprzedniej sprawie nie rozpoznawała merytorycznie zarzutów odwołania, nie rozstrzygała o ich zasadności.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania zaniechaniem odrzucenia wybranej przez Zamawiającego oferty Przystępującego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Rozpoznawane odwołanie zawiera takie same zarzuty jak odwołanie z 29 maja 2023 r., a ponadto zarzut związany z wyjaśnieniami treści oferty, do których doszło po tym, jak Zamawiający z własnej inicjatywy zdecydował się na unieważnienie pierwotnego wyboru oferty Pyszot jako najkorzystniejszej. Przy czym spośród zarzutów poprzedniego odwołania Zamawiający w odpowiedzi na nie z 1 czerwca 2023 r. uznał *de facto* za zasadny jedynie zarzut zaniechania wyjaśnienia rzetelności treści oferty Pyszot odnośnie wskazania miejsc przygotowywania posiłków.

W postępowaniu o udzielenie tego zamówienia nie znajdują zastosowania przepisy ustawy pzp określające fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 (w tym przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 objęty zarzutami w niniejszej sprawie), o czym Zamawiający poinformował już w ogłoszeniu o zamówienia [patrz sekcja V Kwalifikacja wykonawców, pkt 5.1.]), a co dodatkowo znalazło odzwierciedlenie w nazwie i treści rozdziału VII SWZ, na co trafnie wskazywali Zamawiający i Przystępujący już w poprzedniej sprawie odwoławczej.

Złożenie oświadczenia co do adresów miejsc, w których będą przygotowywane posiłki, służyło wyłącznie

uwiarygodnieniu oferowanego czasu dowozu, punktownego w ramach trzeciego kryterium oceny ofert, co wynika z rozdziału XVI SWZ pn. „Opiskryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert”. Natomiast dysponowanie takim czy innym miejscem przygotowywania posiłków nie było w ogóle przedmiotem warunku udziału w tym postępowaniu, na co również trafnie zwrócił uwagę Przystępujący już w poprzedniej sprawie odwoławczej.

Umknęło zatem uwadze Odwołującego, że oświadczenie z pkt 6 wzoru formularza oferty [Oświadczam, że posiłki będą przygotowywane pod adresem:...] służy wskazaniu miejsc, z których na etapie realizacji zamówienia posiłki będą mogły być przygotowane i dowieszone w zadeklarowanym w ofercie czasie. Jest to zatem zobowiązanie wykonawcy co do określonego sposobu świadczenia usługi cateringowej, nawet jeżeli nie znalazło ono żadnego odzwierciedlenia w postanowieniach projektu umowy (stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ), który w ramach warunków realizacji wskazuje miejsca i godziny wydawania posiłków, oraz zobowiązuje wykonawcę do uzgodnienia do godz. 9:00 danego dnia ich liczbę na ten dzień [§2 ust. 1 i ust. 2 pkt 10].

Tymczasem przedmiotem zarzutów odwołania nie jest ani faktyczna możliwość dotrzymania zadeklarowanego przez Pyszoty w ofercie czasu dowozu posiłków ze wskazanych przez nie miejsc ich przygotowywania, ani nawet faktyczna możliwość dysponowania w tych lokalizacjach stosownym zapleczem kuchennym od 4 września 2023 r., przewidzianego jako początek okresu wykonywania tego zamówienia [rozdział VI pkt 1 SWZ].

Nie ma zatem żadnego znaczenia, że Zamawiający – zamiast wdać się w spór z Odwołującym w poprzedniej sprawie odwoławczej co do wszystkich zarzutów – wbrew treści powyżej omówionych postanowień SWZ zaczął domagać się od Pyszot podania tytułów prawnych do miejsc wskazanych w pkt 6 formularza oferty na chwilę jego sporządzenia [patrz drugi akapit wezwania z 13 czerwca 2023 r.].

Pomimo obszernego zacytowania w odwołaniu wyjaśnień udzielonych 14 czerwca 2023 r., Odwołujący pominął końcowy ich fragment, w których Pyszoty trafnie zwróciły uwagę Zamawiającego na fakt, że w prowadzonym przez niego postępowaniu nie ma obowiązku dysponowania miejscami przygotowania posiłków na dzień składania ofert, gdyż nie postawił takiego warunku udziału w zakresie zdolności technicznej do wykonania tego zamówienia.

Z uwagi na powyższe ustalenia należało oddalić następująco sformułowane przez Odwołującego w odwołaniu wnioski dowodowe o:

- *zobowiązanie przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu I. W. do złożenia do akt sprawy umów potwierdzających posiadanie nieruchomości położonych w budynku przy ul. Wierzbowej 84 w Wysogotowie oraz w budynku przy ul. Wichrowej 1A w Poznaniu, celem potwierdzenia okoliczności składania nieprawdziwych oświadczeń przez wykonawcę w zakresie miejsc prowadzenia działalności gospodarczej oraz miejsc przygotowywania posiłków, a tym samym przesłanek do wykluczenia I. W. z zamówienia publicznego, a w konsekwencji również zasadności odwołania (w przypadku przedłożenia przez I. W. dokumentów wyżej wnioskowanych, z ostrożności procesowej odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny piśmiennictwa celem stwierdzenia w jakiej dacie bądź w jakim terminie złożone zostały podpisy na rzeczonych dokumentach),*
- *dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków. (...) [wskazano dane osobowe i adresy pięciu osób], celem potwierdzenia okoliczności składania nieprawdziwych oświadczeń przez wykonawcę w zakresie miejsc prowadzenia działalności gospodarczej oraz miejsc przygotowywania posiłków oraz podania nieprawdziwych danych w kontekście miejsc z których powinien być liczony czas dowozu, a tym samym przesłanek do wykluczenia I. W. z zamówienia publicznego, a w konsekwencji również zasadności odwołania,*
- *dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Odwołującego: celem potwierdzenia okoliczności składania nieprawdziwych oświadczeń przez wykonawcę, a tym samym przesłanek do wykluczenia I. W. z zamówienia publicznego, a w konsekwencji również zasadności odwołania*

– jako powołane jedynie dla zwłoki, bo zmierzających do wykazania okoliczności bez znaczenia dla niniejszej sprawy w sytuacji, gdy zarzuty odwołania oparte są na błędnym wyobrażeniu Odwołującego co do tego, co wynika z treści zarówno SWZ, jak i oferty Pyszot.

Z kolei zarzuty dotyczące ceny oferty Pyszot sprowadzają się do twierdzenia, że biorąc pod uwagę wymaganą wartość wsadu do kotła (11 zł), nie pozwala ona na pokrycie kosztów zatrudnienia do obsługi stołówek wymaganej liczby osób w wymaganym czasie pracy. Nie tylko nie zostało ono poparte jakimkolwiek dowodem, ale nie zostało należyście sprecyzowane, gdyż nie wiadomo, jaka miałyby być ta wymagana liczba osób i wymagany czas ich pracy.

Wreszcie zarzuty, że oferta Pyszot stanowi czyn nieuczciwej konkurencji czy zawiera błąd w obliczeniu ceny nie opierają się na podniesieniu jakichkolwiek okoliczności faktycznych w uzasadnieniu odwołania.

Reasumując, zawarte w ofercie Pyszot oświadczenie co do miejsc przygotowania posiłków nie jest nieprawdziwe w takim sensie, jaki wskazany został w odwołaniu, gdyż jego treść nie dotyczy potwierdzenia dysponowania w lokalizacjach zapleczem kuchennym na dzień upływu terminu składania ofert.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest oczywiście niezasadne.

Izba uznała za celowe powtórzenie, że na wstępie odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 16 pkt 1 – przez nierówne traktowanie oferentów i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru Pyszot, które winny zostać wykluczone z udziału w zamówieniu ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do prawdziwości swojej oferty.
- 2.Art. 109 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie wykluczenia Pyszot, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziły Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- 3.Art. 226 ust. 1 pkt 2 – przez wybór oferty Pyszot, które powinny zostać wykluczone.
- 4.Art. 223 ust. 1 – przez uznanie uzyskanego 14 czerwca 2023 r. od Pyszot oświadczenia jako spełniającego warunki ustawy oraz SWZ, podczas gdy jego treść wewnętrznie sprzeczna i nie stanowi odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 13 czerwca 2023 r.
- 5.Art. 17 ust. 2 – przez wybranie Pyszot niezgodnie z przepisami, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od nich rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień dotyczących ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji o wyborze oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości tej ceny.
- 6.Art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 – przez zaniechanie uzyskania od Pyszot rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących ceny świadczenia usług oraz miejsca przygotowywania posiłków, które wskazywałyby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (przekazane przez Pyszoty informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej i wprowadzają w błąd Zamawiającego co do miejsca przygotowywania posiłków oraz czasu i sposobu ich dostawy).
- 7.Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie uzyskania od Pyszot rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień dotyczących jej oferty, podczas gdy Zamawiający był przed pierwszym oraz drugim wyborem wielokrotnie informowany o wątpliwościach przez innego wykonawcę.
- 8.Art. 226 ust. 1 pkt 7 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.
- 9.Art. 226 ust. 1 pkt 10 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztu.

Jednakże zbiorczy sposób rozwinięcia powyższej listy zarzutów w uzasadnieniu odwołania powoduje, że również Izba nie widzi potrzeby odrębnego odnoszenia się do każdego z przepisów wskazanych na wstępie odwołania. W istocie wszystkie te zarzuty zmierzały do wykluczenia Przystępującego jako wykonawcy, który wprowadził w błąd Zamawiającego, co potwierdza zgłoszone żądanie. Jednocześnie na tych samych błędnych wyobrażeniach Odwołującego co do okoliczności faktycznych oparty został zarzut niewyjaśnienia treści czy ceny oferty Przystępującego. Wszystkie tak postawione zarzuty, jako oparte na błędnie ustalonych okolicznościach, należy uznać za oczywiście niezasadne. Innymi słowy nie sposób na podstawie tak sformułowanego odwołania stwierdzić, aby Zamawiający naruszył którykolwiek z przepisów wskazanych na wstępie odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 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. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.