

Sygn. akt: KIO 1710/23

WYROK
z dnia 30 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2023 r. przez wykonawcę: B. K. działającą pod nazwą PPH „K.” B. K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1710/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy B. K. działającej pod nazwą PPH „K.” B. K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny w części, uznając za uzasadnione:

zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w odniesieniu do oferty tego wykonawcy oraz uznając za nieuzasadnione:

zarzut skierowany przeciwko treści dokumentów zamówienia, a także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach,

2. Nakazuje zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Łukowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, nakazuje temu zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy B. K. działającej pod nazwą PPH „K.” B. K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny oraz nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie oraz wykonawcę: B. K. działającą pod nazwą PPH „K.” B. K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny i:

3.1 Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: B. K. działającą pod nazwą PPH „K.” B. K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny tytułem wpisu od odwołania,

3.2 Zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Łukowie na rzecz wykonawcy B. K. działającej pod nazwą PPH „K.” B. K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny kwotę zł 5 000 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą rozdzielone koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

3.3 Znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i opłat skarbowych.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz 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.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1710/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na : „Świadczenie usług żywienia zbiorowego dla pacjentów SPZOZ w Łukowie wraz z dzierżawą pomieszczeń”, Numer referencyjny: 7/23.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem

ogłoszenia w 2023/S 072-218982.

W dniu 5 czerwca 2023 r. Odwołujący: B. K. działająca pod nazwą PPH „K.” B. K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty i o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 12 czerwca 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty z tego powodu, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący wnosił o ponowne zapoznanie się z jego ofertą, uwzględnienie wniesionych zarzutów i rozpatrzenie oferty jako pozbawionej wad kwalifikujących ją do odrzucenia oraz odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty nr 2. 0798/7/23 złożonej przez Przystępującego, która nie spełnia narzuconych przez Zamawiającego kryteriów jakościowych (parametrów technicznych).

Jednocześnie wnosił o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 15 017,00 zł (piętnaście tysięcy siedemnaście złotych), z czego 15 000,90 złotych z tytułu opłaty kosztów wpisu odwołania do KIO, oraz 17,00 zł z tytułu opłaty skarbowej za udzielone pełnomocnictwo.

Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii niezależnego Dietetyka, który fachowo wypowie się, czy istnieje możliwość określenia procentowej wartości energetycznej pochodzącej z makroskładników w ciągu dnia tj. z białek, tłuszczu i węglowodanów w przypadku diety podstawowej 3 posiłkowej, które mają wynieść: Białko ogółem — 10-20% E (energetyczności diety), Tłuszcz ogółem — 20-35% E, Węglowodany ogółem 45-65% E, bez znajomości składników jakie zostaną użyte do przygotowania tej diety? (Pkt I ppkt 11 Opisu Przedmiotu Zamówienia).

Podniósł przy tym, że w jadłospisie wybranego oferenta znajdują się np. pierogi ruskie, gdzie nie wiadomo ile jest w nich mąki, ile sera, ile ziemniaków? Każda zupa, np. selerowa z grzankami, nie wiadomo ile zawiera wody, warzyw i jakich, grzanek czy jakiego wywaru użyto do jej przyrządzenia? Pasty rybne - jakiej ryby użyto i w jakiej ilości aby ją przygotować? Różne ryby mają różną zawartość tłuszczu, białka itp. Zupa z porów z makaronem, ile makaronu, jaki wywar? Jadłospis nie zawiera odpowiedzi na te pytania, a jest ich dużo, przy każdym posiłku i tylko znając składy potraw można na nie odpowiedzieć.

Powyższe wzbudziło wątpliwości Odwołującego w jaki sposób Zamawiający obliczył zawartości energetyczne zaproponowanych potraw, co daje uzasadniony powód do zasięgnięcia opinii fachowca w tym zakresie, lub odrzucenie tak przygotowanej oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający już podczas zamieszczania ogłoszenia o przetargu na „Świadczenie usług żywienia zbiorowego dla pacjentów SPZOZ w Łukowie wraz z dzierżawą pomieszczeń”, w załączniku nr 2 do SWZ stanowiącego Opis Przedmiotu Zamówienia na usługi społeczne, dopuścił się szeregu błędów, które stopniowo wskutek reakcji Zamawiających, również jego, poprawiał, korygował, prostował.

Zauważył, że Zamawiający mylił i mieszał dekadowe (10 dniowe) z 14 dniowymi. Do oceny ofert w części kryteriów wymagał uśrednionych danych z 10 dni, a w części z 14 dni, oceniając ten sam jadłospis. Dopiero w dniu 9 maja 2023r, czyli na trzy dni przed terminem składania ofert, Zamawiający doprecyzował, iż jadłospis wzorcowy dla diety podstawowej, o którym mowa w pkt XV SWZ Opis kryteriów oceny ofert należy sporządzić na okres 14 dni i złożyć z ofertą.

Zdaniem Odwołującego - tak późne podanie bardzo istotnej informacji skróciło wykonawcom możliwość właściwego dopracowania jadłospisów.

Tym bardziej że w opisie przedmiotu zamówienia występuje wiele sprzeczności, głównie w części I. Posiłki oraz ich wydawanie. Chociażby ppkt 10.3, który mówi że „do każdego z trzech głównych posiłków ciągu dnia (śniadanie, obiad, kolacja), należy serwować napój (kawa zbożowa, herbata, kompot z owoców). Napoje będą słodzone w kuchni cateringowej i transportowane w pojemnikach zbiorczych do oddziałów. Dla pacjentów wymagających płynów niesłodzonych będą przygotowywane przez Wykonawcę oddzielne pojemniki zbiorcze z napojem bez cukru”. Następnie w ppkt 21 Zamawiający pisze, iż „Napoje będą słodzone przez pacjentów podczas dystrybucji posiłków. Cukier dostępny będzie codziennie, oddzielnie do śniadania, obiadu i kolacji dla każdego pacjenta, w ilości właściwej dla każdego pacjenta w danym dniu”.

W związku z tym Odwołujący wyraził zdziwienie jak wobec tego poprawnie obliczyć wartości energetyczne?

W jego ocenie - to jest błąd bardzo istotny dla kalkulacji cen i wartości odżywczych. Skoro Wykonawcy dostosowali się do tych wymogów, to nie mogli poprawnie obliczyć kaloryczności posiłków, również oferta nr 798/7/23, która jako jedyna została uznana jako oferta spełniająca wymagania i oczekiwania Zamawiającego, powinna w takim stanie rzeczy zostać odrzucona. Stosując jednakowe kryteria oceny jadłospisów wybrana oferta nie mogła być poprawnie oceniona pod względem jakości.

Według Odwołującego - wybrana oferta, pomimo podanej gramatury nie zawierała składu potraw, co nie pozwala na właściwe policzenie jej kaloryczności ani wartości odżywczych.

W opinii Odwołującego - nie ma także możliwości policzenia jaka jest zawartość w danej potrawie błonnika pokarmowego, nasyconych kwasów tłuszczowych czy cukrów prostych. Nie wiedząc ile płatków dodano do mleka o nieokreślonej zawartości tłuszczu, niemożliwe jest wskazanie zawartości węglowodanów, błonnika czy tłuszczów. Podobnie jak w zupach, których nazwy nie określają składu i w każdej innej potrawie.

Wskazał, że jego jadłospisie, który został odrzucony, dietyk dokładnie podał składy potraw. Określił zawartość poszczególnych składników w potrawach i obliczył średnią, średnią z 14 dni, jak to Zamawiający pod wpływem dopytujących Wykonawców w końcu określił w Opisie przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych punktów których wykonawca nie spełnił w zaofერowanym jadłospisie, zarzucił Zamawiającemu nadinterpretację Opisu przedmiotu zamówienia, gdyż żaden z przywołanych punktów nie mówi wprost, że nie uwzględnienie go w jadłospisie spowoduje odrzucenie oferty.

W swoim odwołaniu Odwołujący przedstawił związane zarzuty odnoszące się do poszczególnych uchybień wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty:

Ad 1 - Pkt 10.3 mówi wprawdzie że w przypadku zaproponowania w danym dniu kawy zbożowej do posiłku, do innego posiłku powinna być podana herbata, ale nie mówi iż brak takiego rozwiązania spowoduje odrzucenie oferty.

Ad 2- Pkt 10.4 „dana zupa mleczna nie może się powtórzyć w menu wcześniej niż piątego dnia jadłospisu... .. Wykonawca zaofęrował zupę mleczną jaglaną w poniedziałek i czwartek w pierwszym i drugim tygodniu, tj. czwartego dnia z kolei. Wykonawca wyjaśnia iż w te dni zaproponował zupełnie różne zupy mleczne z zastosowaniem kaszy jaglanej. Opisał dokładnie skład oferowanych zup i nie są to zupy powtarzające się, dodatkowo Zamawiający nie zaznaczył że w przypadku nie zachowania pięciodniowego odstępu użycia tego samego rodzaju płatków czy kaszy spowoduje odrzucenie oferty.

Ad 3-Pkt 10.4 (...) Zamawiający nie wskazał w Opisie zamówienia że brak napoju mlecznego raz w tygodniu spowoduje odrzucenie oferty.

Ad 4- Pkt 10.5 „Produkty mleczne muszą pojawiać się w dwóch posiłkach dziennie”. Wykonawca nie zaofęrował produktów mlecznych w dwóch posiłkach we wtorek i niedzielę w jednym tygodniu, oraz w piątek w drugim tygodniu”. Zamawiający nie zaznaczył że takie uchybienie spowoduje odrzucenie oferty.

Ad 5-Pkt 10.6 „ zupy obiadowe i II dania obiadowe nie mogą się powtarzać (...)” Wykonawca zaproponował zupę dyniową w poniedziałek oraz w środę- Wykonawca wyjaśnia iż zaproponował dwie zupełnie różne zupy, o znacznie różnicowanym składzie o czym świadczy załączony przepis ze składem zupy Ponadto w Opisie przedmiotu zamówienia brak jest informacji o odrzuceniu oferty w przypadku powtórzenia się potrawy.

Ad 6-Pkt 10.6 „(...) w II daniach obiadowych należy uwzględnić dodatek i/lub gotowanych warzyw.” Wykonawca nie zaproponował, jak to określił Zamawiający dań jednogarnkowych. W rozumieniu Wykonawcy danie jednogarnkowe, to danie gdzie mięso, warzywa oraz dodatek skrobiowo węglowodanowy przyrządzane są w jednym garnku. W jadłospisie zaproponowanym przez Wykonawcę dodatki skrobiowo węglowodanowe podawane są niezależnie od mięsa i warzyw, nie jest to więc danie jednogarnkowe. Dodatkowo Wykonawca do każdego obiadu proponuje dodatek owocowy. W pktcie 1.6 nie określano przesłanek do odrzucenia oferty.

Ad 7-Pkt 13.1 „Procentowa zawartość energetyczna pochodząca z makroskładników w ciągu dnia tj. białek, tłuszczów, węglowodanów pochodzących w ciągu dnia w przypadku diety podstawowej powinna wynosić (...)”. W pktcie XV SWZ Zamawiający uszczęgotłwia rozpatrzenie tego wymogu na podstawie średniej z 14 dni. Tak Wykonawca odczytał ten wymóg nie tylko w SWZ, ale również w odpowiedziach udzielonych wykonawcom w tym zakresie. Zdaniem Wykonawcy średnia wszystkich mikroskładników z badanego 14 dniowego jadłospisu została utrzymana w granicach wyznaczonych przez Zamawiającego. Wykonawca podał w załączeniu do jadłospisu szczegółowy skład oferowanych potraw, co pozwoliło bardzo precyzyjnie określić wartości makroskładników w całym 14 dniowym okresie i obliczyć

średnią. Żadna z innych, złożonych ofert nie dała możliwości ustalenia zawartości makroskładników, gdyż nie została poparta składem potraw.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zupełnie niepotrzebne zagmatwanie i uniemożliwienie jednoznacznego, równego i sprawiedliwego sposobu oceny ofert. Skoro Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (pkt 9) zobowiązuje Wykonawców do sporządzania jadłospisów i przedkładania ich do oceny Zamawiającemu z 14 dniowym wyprzedzeniem (liczone są dni robocze), który podlega akceptacji ze strony Zamawiającego i daje mu możliwość wprowadzania zmian, to czemu mają służyć określone w SWZ wyliczane średnie?

Zaznaczył przy tym, że każdy, zaproponowany przez Wykonawcę jadłospis może być zmieniony zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a zatem dlaczego wobec tego odrzucono wszystkie jadłospisy, pozostawiając jeden, który nie daje możliwości obliczenia makroskładników, czyli nie spełniający wymogów jakości (parametrów technicznych).

Według Odwołującego - zastosowany sposób oceny ofert dopuszcza dowolność interpretacji, przyznawania punktów za niemożliwe do obliczenia wartości.

Podkreślił, że do obliczenia zawartości makroskładników w potrawach nieodzowną informacją jest wykaz oraz ilość produktów z jakich potrawa została wykonana. Taką informację zawierała jedynie oferta złożona przez Odwołującego, która została wadliwie odrzucona.

Odwołujący wyjaśnił również, że w dniu 05.05.2023 Zamawiający obok odpowiedzi udzielonych na pytania Wykonawców opublikował regulamin pracy jednostki wykonującej aktualnie usługę żywienia jego pacjentów.

W związku z powyższym Odwołujący wyraził wątpliwości, czy ten regulamin pracy ma obowiązywać również ewentualnie wyłonionego w przetargu innego wykonawcę?

Wskazał, że na 10 pytanie nie uzyskał odpowiedzi, a dotyczy ono Wykonawcy aktualnie realizującego usługi cateringowe na rzecz Zamawiającego, i jedyne go Wykonawcy którego oferta nie została odrzucona w prowadzonym postępowaniu na dalsze żywienie pacjentów SP ZOZ w Łukowie. Oferta tego Wykonawcy została jako jedyna wybrana do oceny i uzyskała akceptację Zamawiającego z naruszeniem równego traktowania wszystkich Wykonawców.

Odwołujący wyraził również inne wątpliwości czy Zamawiający dopuszcza dostarczanie części posiłków swoim pacjentom (np. śniadań czy kolacji) z innej kuchni będącej w dyspozycji Wykonawcy niż z kuchni będącej przedmiotem dzierżawy w tym postępowaniu? Czy np. w przypadku awarii instalacji elektrycznej, można dowieźć posiłki z innej kuchni; czy też Zamawiający umożliwi Wykonawcy skorzystanie z agregatów prądotwórczych będących jego własnością? Jest to kolejne pytanie Wykonawcy, na które Zamawiający – jak stwierdził Odwołujący - otrzymał odpowiedź w formie doprecyzowania informacji zawartej w SWZ na trzy dni przed terminem składania ofert, w oparciu o nadużywany w jego opinii artykuł 137 ust 1 ustawy Pzp.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytanie nr 9 z dnia 5.05.2023 r poinformował, iż „wymaga gwarancji nie przerwania świadczonych usług w przypadku sytuacji awaryjnych. Rozwiązanie sytuacji awaryjnych leży po stronie Wykonawcy”, gdzie nie wspomniał Zamawiający o możliwości skorzystania w takich sytuacjach z agregatów prądotwórczych będących własnością Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego - każdy inny Wykonawca, oprócz tego który aktualnie świadczy usługi i zna obiekt i możliwości techniczne Zamawiającego musi tu wziąć pod uwagę ewentualną konieczność zakupu takich agregatów. Jest to bardzo duży koszt (około 60 tysięcy PLN).

Odwołujący stwierdził, że nie jest jasne czy taki agregat nie miałby zostać po zakończeniu umowy własnością Zamawiającego, bowiem Zamawiający określił, że zakupione wyposażenie po zakończeniu umowy na świadczenie usług przechodzi na jego własność.

Wskazał, że dopiero na trzy dni przed terminem składania ofert wszyscy zainteresowani dowiadują się, że mogą w sytuacjach awaryjnych korzystać z agregatów Zamawiającego, ale nadal nie wiedzą na jakich zasadach mogliby skorzystać z tego sprzętu, kto miałby go obsługiwać, zaopatrzyć w paliwo, jakie byłyby to koszty etc.?

Podniósł, że czasu na podjęcie decyzji o złożeniu oferty było bardzo mało, a informacje o kosztach jej realizacji w dalszym ciągu niepełne.

Zdaniem Odwołującego - jedynym uprzywilejowanym tutaj pozostaje Wykonawca świadczący aktualnie usługi, a to znów zakłóca równość podmiotów zainteresowanych złożeniem ofert.

W przedmiotowej sprawie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego.

W piśmie z dnia 23 czerwca 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenia z powodu wadliwego oznaczenia strony, a także o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ wraz z wyjaśnieniami jej postanowień, wniesionego odwołania, oferty Odwołującego i Przystępującego oraz złożonych przez nich wraz z ofertami jadłospisów, ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 5 czerwca 2023 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 22 czerwca 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na powyższe odwołanie z dnia 23 czerwca 2023 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadniony: zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w odniesieniu do oferty Odwołującego oraz uznając za nieuzasadniony: zarzut skierowany przeciwko treści dokumentów zamówienia, a także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Przystępującego.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba uznała za bezzasadny wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu wadliwego określenia przez Odwołującego strony postępowania odwoławczego poprzez wskazanie nazwy przedsiębiorcy w treści odwołania, co – w ocenie Izby - nie oznacza, że odwołanie nie zostało wniesione przez osobę fizyczną działającą pod określoną nazwą, a ten stan rzeczy nie mógł wstrzymać rozpoznania tego odwołania.

Podobnie Izba uznała za bezzasadny wniosek Przystępującego o braku wskazania przez Odwołującego zwięzłego przedstawienia zarzutów jako, że w treści odwołania zostało wskazane przez Odwołującego naruszenie przepisu prawa wraz okolicznościami towarzyszącymi, co – według Izby stanowi - zwięzłe przedstawienie zarzutów odwołania umożliwiające rozstrzygnięcie zaskarżonej sprawy.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, w pozostałym zakresie Izba takiego naruszenia przepisów prawa nie stwierdziła.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności złożonej przez niego oferty z warunkami zamówienia.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 2 do SWZ.

Izba stwierdziła również, że w pkt 9 tego załącznika Zamawiający postanowił, że Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania jadłospisów (dwutygodniowych jadłospisów) uwzględniających sezonowość i święta.

Pismem z dnia 9 maja 2023 r. Zamawiający na podstawie na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp wprowadził następujące zmiany w SWZ:

1.Doprecyzował, iż jadłospis wzorcowy dla diety podstawowej o którym mowa w pkt XV SWZ Opis kryteriów oceny ofert należy sporządzić na okres 14 dni i złożyć z ofertą.

2.Doprecyzował, odpowiedź na pytanie nr 9 z dnia 5.05.2023 r., iż Zamawiający umożliwi Wykonawcy skorzystanie z agregatów prądotwórczych będących własnością Zamawiającego w przypadku awarii instalacji elektrycznej.

W wykonaniu powyższych postanowień SWZ zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący oczekiwane przez Zamawiającego jadłospisy wzorcowe złożyli.

W piśmie z dnia 5 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty podając następującą motywację: „Zamawiający wymagał w Opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do SWZ) spełnienia następujących wymagań w zaoferowanym jadłospisie, których wykonawca nie spełnił:

1)W pkt 10.3. „Do każdego z trzech głównych posiłków w ciągu dnia (śniadanie, obiad, kolacja) należy serwować napój (kawa zbożowa, herbata, kompot z owoców)(...) Ponadto Zamawiający ustala, że w przypadku zaproponowania w danym dniu kawy zbożowej do posiłku, do innego posiłku powinna być podana herbata (oba napoje muszą występować

codziennie).” Wykonawca nie zaoferował kawy zbożowej żadnego dnia w jadłospisie.

2)w pkt 10.4 „dana zupa mleczna nie może się powtórzyć w menu wcześniej niż piątego dnia jadłospisu (tj. ryż na mleku zaplanowany w poniedziałek, może powtórnie pojawić się w menu dopiero w piątek).” Wykonawca zaoferował zupę mleczną jaglankę w poniedziałek i czwartek w pierwszym i drugim tygodniu tj. czwartego dnia z kolei.

3)W pkt 10.4 „(...) Raz w tygodniu Wykonawca serwować będzie do śniadania napój na bazie mleka (kawa zbożowa na mleku, kakao na mleku) (...)”. Wykonawca ani razu nie zaoferował kawy zbożowej na mleku ani kakao na mleku (zaoferował samo kakao bez mleka o czym świadczy nie tylko zapis menu w jadłospisie ale również załączony do oferty sposób wykonania posiłków w którym nie wskazano, że produkt zawiera mleko.

4)W pkt 10.5 „Produkty mleczne muszą pojawiać się w dwóch posiłkach dziennie.” Wykonawca nie zaoferował produktów mlecznych w dwóch posiłkach w ciągu dnia we wtorek i niedzielę w jednym tygodniu oraz w piątek w drugim tygodniu.

5)W pkt 10.6 „zupy obiadowe i II dania obiadowe nie mogą się powtarzać,(...)” Wykonawca zaproponował zupę dyniową w poniedziałek oraz w środę.

6)W pkt 10.6 „(. . .) w II daniach obiadowych należy uwzględnić dodatek surowych i/lub gotowanych warzyw.” Ponadto zgodnie z odpowiedzią na pytanie 22 „Zamawiający wymaga by do dań jednogarnkowych była planowana osobno porcja warzyw.” Wykonawca nie zaoferował dodatków warzywnych do obiadu w żadnym daniu jednogarnkowym. Porcja warzyw do obiadu jako osobna porcja jest zaproponowana jedynie w środę, piątek i niedzielę w jednym tygodniu oraz w środę i sobotę w tygodniu drugim.

7)W pkt 13.1 Procentowa wartość energetyczna pochodząca z makroskładników w ciągu dnia, tj. z białek, tłuszczów, węglowodanów w przypadku diety podstawowej 3 posiłkowej ma wynosić: białko ogółem 10-20% E tłuszcze ogółem 20-35% E węglowodany ogółem 45-65% E.

Brak spełnienia powyższego wymogu spowoduje odrzucenie oferty.”

W jadłospisie wykonawcy procentowa wartość energetyczna węglowodanów jest poniżej wymaganego zakresu w każdym dniu jadłospisu zaś w drugim dniu białko wynosi 26,15 %E tj. powyżej wymaganego zakresu a tłuszcze ogółem w drugim dniu wynoszą 19,51 %E tj. poniżej wymaganego zakresu.

Zgodnie z powyższym treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia co zgodnie z art.226 ust. 1 pkt.5 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych stanowi podstawę do odrzucenia oferty.”.

Na tle treści powyższych dokumentów zamówienia – Izba doszła do wniosku, że konieczne do rozpoznania sprawy było określenie spornych pomiędzy stronami warunków zamówienia oraz treści oferty wykonawców pozostającej w ewentualnej kolizji z tymi warunkami.

Według zapatrywania Izby – zacytowany wyżej opis przedmiotu zamówienia z powodu braku wcześniejszego jego zaskarżenia przez wykonawców należało uznać za obowiązujący.

W związku z tym zarzuty Odwołującego wymierzone przeciwko tym dokumentom zamówienia należało uznać za spóźnione.

Stosownie do art.515 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Wymaga zatem podkreślenia, że powyższe warunki zamówienia są wiążące dla wykonawców i będą oni zobowiązani świadczyć usługi żywieniowe zgodnie z tymi warunkami.

W sprawie tej jednak kluczowe znaczenia ma ocena czy załączane przez wykonawców do ofert jadłospisy wzorcowe stanowiły treść oferty, bowiem tylko okoliczność niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia może decydować o odrzuceniu oferty danego wykonawcy.

W myśl przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Analizując postanowienia SWZ wraz z jej modyfikacjami Izba doszła do przekonania, że Zamawiający być może w sposób nie zamierzony, nadał składanemu wraz ofertą jadłospisowi znaczenie dokumentu jedynie poglądowego i mającego znaczenie tylko przy ocenie w kryterium oceny ofert.

Wymaga wskazania, że w pkt 1 rozdziału XV SWZ Zamawiający przyjął, że przy wyborze ofert zamawiający

będzie się kierował następującymi kryteriami:

a) cena (koszt), waga 70%, sposób oceny: Minimalizacja;

b) ocena jakości, waga 30%, na podstawie analizy zaoferowanego jadłospisu wzorcowego dla diety podstawowej na okres dekady (10 kolejnych dni), w tym

- całodzienna wartość kaloryczna posiłków (średnia wartość z 10 dni), waga 10 %, sposób oceny: na podstawie punktów przyznanych z tabeli

- wartość odżywcza posiłków, waga 20 %, sposób oceny: na podstawie punktów przyznanych z tabeli.

Po modyfikacji tego postanowienia SWZ było to 14 kolejnych dni.

Izba rozważając czy sporny jadłospis był częścią oferty wzięła pod uwagę okoliczność, że treść dwutygodniowego jadłospisu składanego wraz z ofertą nie była wiążąca dla wykonawców, co potwierdził na rozprawie Zamawiający przyznając, że w kolejnych okresach świadczenia usług żywieniowych mogą być proponowane inne posiłki, które mają odpowiadać wymaganiom załącznika nr 2 do SWZ OPZ.

Jeżeli zatem w spornych jadłospisach złożonych wraz z ofertą nie były oferowane konkretne posiłki w określonych dniach, a z punktu 9 tego załącznika wynikało, że takie jadłospisy będą składane co dwa tygodnie w okresie obowiązywania umowy, to trudno w takim przypadku przypisać złożonym przez wykonawców jadłospisom treści wiążącej jak oferta.

Z tego powodu należało uznać, że składane przez wykonawców jadłospisy miały na celu jedynie umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny jakości świadczenia usługi żywieniowej w przewidzianym kryterium oceny ofert.

Dodatkowo, należy zauważyć, że na gruncie SWZ Zamawiający nie przewidział przedmiotowych środków dowodowych, które miałyby służyć potwierdzeniu zgodności oferowanych usług żywieniowych z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Jeżeli wolą Zamawiającego było weryfikowanie składanych przez wykonawców jadłospisów pod kątem spełniania przez nie warunków załącznika nr 2 OPZ, to powinien to wyraźnie opisać na gruncie ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.

Jednocześnie, chcąc nadać składanym wraz ofertą jadłospisom znaczenie oferty powinien to wyraźnie przewidzieć w SWZ.

Wymaga przy tym zauważenia, że nie była precyzyjna odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 21, że „Zamawiający wymaga, aby jadłospis był zgodny z zapisami SWZ”, bowiem pytanie jednego z wykonawców dotyczyło jadłospisu dekadowego, to jest tego, który wykonawcy będą zobowiązani składać w okresie obowiązywania umowy, a nie jadłospisu wzorcowego, który został złożony wraz z ofertami dla celów oceny oferty w granicach ustanowionego przez Zamawiającego kryterium jakościowego.

Na uwagę zasługuje również okoliczność, że Zamawiający w sposób niekonsekwentny w pkt 13.1 załącznika nr 2 SWZ ustanowił rygor odrzucenia ofert wykonawców w sytuacji nie spełnienia tego warunku, podczas gdy wobec pozostałych postanowień OPZ również dla niego istotnych – co przyznał, takiej sankcji nie przewidział.

Dodatkowo, należy zaznaczyć, że Odwołujący w ramach przedmiotowej sprawy wykazał, co potwierdził Przystępujący, że bez podania konkretnego produktu i jego ilości nie jest możliwe wyliczenie procentowej wartości energetycznej pochodzącej z makroskładników w ciągu dnia, tj. z białek, tłuszczów, węglowodanów.

Z przyczyn związanych z przyznaniem powyższych okoliczności przez Przystępującego i ich nie zaprzeczeniu przez Zamawiającego, Izba uznała przeprowadzenie dowodu z opinii dietetyka z wniosku Odwołującego za zbędne.

Jednocześnie sytuacja ta, doprowadziła Izbę do wniosku, że wartości podawane przez wykonawców w jadłospisie wzorcowym miały charakter jedynie orientacyjny.

Biorąc pod uwagę, że opisane przez Zamawiającego dokumenty zamówienia były mało przejrzyste z przyczyn wyżej wskazanych, a wykonawcy zapewne z braku odpowiedniego czasu nie zwrócili Zamawiającemu uwagi na te rozbieżności, Izba uznała, że wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji podobnego uregulowania SWZ, a także skutków płynącej z tego uznaniowej interpretacji dokumentów zamówienia i samej oferty.

Ostatecznie, w okolicznościach tej sprawy Zamawiający powinien oprzeć się na oświadczeniu wykonawców z punktu 1 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) przyjmując, że wiążące jest stwierdzenie tych wykonawców, że: „Oferujemy świadczenie usługi żywienia zbiorowego zgodnie z opisem w załączniku nr 2).”.

Reasumując, z tych samych powodów, z których nie może zostać odrzucona oferta Odwołującego, nie może zostać wyeliminowana na tej samej podstawie prawnej oferta Przystępującego, z przyczyn braku przesłanek z przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznała za nieuzasadnione.

Jednocześnie zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła zgłoszenie przez Odwołującego trzech zarzutów odwołania podlegających rozpoznaniu, z których tylko jeden został potwierdzony i uznany za uzasadniony, co miało znacznie przy rozdzieleniu kosztów postępowania w niniejszej sprawie.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Natomiast w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....