

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2025 r. przez wykonawcę Foodkar J.W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital św. Anny w Miechowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Szpital św. Anny w Miechowie: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Foodkar J.W. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

kosztami postępowania obciąża zamawiającego Szpital św. Anny w Miechowie i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Foodkar J.W. kwoty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 1 083 zł 51 gr (tysiąc osiemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt jeden groszy) tytułem kosztów dojazdu,

zasądza od zamawiającego Szpital św. Anny w Miechowie na rzecz wykonawcy Foodkar J.W. kwotę 19 683 zł 51 gr (dziewiętnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą poniesione koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 4377/25

UZASADNIENIE

Szpital św. Anny w Miechowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi żywienia pacjentów Szpitala św. Anny w Miechowie – powtórka” (znak postępowania: 23/PN/2025). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2025 r. pod numerem 509312-2025.

W dniu 13 października 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Foodkar J.W. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „wybrany wykonawca” lub „Konsorcjum Ever”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 i art. 17 i 18 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia i wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ever podczas, gdy oferta Odwołującego została skalkulowana zgodnie z poleceniami do tej kalkulacji zawartymi w SWZ i jest zgodna z warunkami zamówienia a ponadto jest ofertą tańszą od oferty wybranego wykonawcy i powinna być zostać uznana za najkorzystniejsza w postępowaniu;

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzut nr 1

- 2) art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 i art. 17 i 18 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia ofercie Odwołującego niepowodującej istotnych zmian w treści oferty innej omyłki polegającej na błędnym o jeden (1) grosz wyliczeniu proporcji pomiędzy ceną za osobodzień a ceną za śniadanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ever podczas, gdy oferta

Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia a ponadto jest ofertą tańszą od oferty wybranego wykonawcy i powinna być zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) ponowne badanie i ocenę ofert;
- 3) unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzut nr 1 i wniosku nr 2 odwołania
- 4) dokonanie poprawy niepowodującej istotnych zmian w treści oferty innej omyłki w treści oferty Odwołującego i korektę wyliczenia proporcji pomiędzy ceną za obiad a ceną za śniadanie i kolację podanymi w ofercie Odwołującego;
- 5) wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 6) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwolujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwolanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 2 października 2025 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 13 października 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 29 października 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Konsorcjum Ever pismem z dnia 19 listopada 2025 r. wniosło o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Ever. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Konsorcjum Ever po stronie Zamawiającego.

Natomiast Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia zgłoszonego po stronie Odwołującego przez Niro Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie. Jak ustaliła Izba, w dniu 2 października 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego i oferty Niro Sp. z o.o. Zgłaszający przystąpienie Niro Sp. z o.o. nie wniósł środka ochrony prawnej w postaci odwołania na czynność odrzucenia swojej oferty przez Zamawiającego. W związku z tym czynność odrzucenia oferty zgłaszającego przystąpienie Niro Sp. z o.o. z postępowania Izba uznała za „ostateczną”, przez co zgłaszający przystąpienie stracił status wykonawcy w postępowaniu. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei stosownie do treści art. 7 pkt 30) ustawy Pzp, pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Rozróżnić zatem należy w szczególności etap postępowania mający miejsce przed upływem terminu składania ofert, kiedy to status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, od etapu następującego po upływie terminu składania ofert, kiedy status wykonawcy przysługuje już tylko podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu. Status wykonawcy traci także podmiot, który został przez zamawiającego z postępowania wykluczony lub którego oferta została odrzucona, a czynności te stały się ostateczne (tak KIO w postanowieniu z dnia 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt: KIO 1759/21). Taka sytuacja miała miejsce w przypadku zgłaszającego przystąpienie Niro Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie. Zamawiający w dniu 2 października 2025 r. odrzucił ofertę zgłaszającego przystąpienie z postępowania.

Od czynności tej zgłaszający przystąpienie nie wniósł odwołania, co nie jest okolicznością sporną. Zgłaszający przystąpienie nie skorzystał więc z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty, pomimo posiadania takiej możliwości, wobec czego decyzja Zamawiającego stała się niewzruszalna. Tym samym Niro Sp. z o.o. pozbawił się statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na obecnym jego etapie, co przekłada się także na nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego. Równocześnie zwrócić należy także uwagę, że treść zgłoszenia przystąpienia Niro Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego pozbawiona jest wskazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, co zasadniczo powinno polegać na wyjaśnieniu powodów, dla których zgłaszający przystąpienie upatruje korzyści dla siebie w danym rozstrzygnięciu. Wobec tego, pamiętając o treści art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, przystąpienie Niro Sp. z o.o. obarczone jest również brakiem formalnym w postaci niewskazania interesu w uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia dla strony, do której się przystępuje, co również samoistnie prowadzi do stwierdzenia nieskuteczności zgłoszonego przystąpienia.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIV SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”:

„1. Wykonawca podaje cenę ofertową brutto na Formularzu Ofertowym.

2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Cena musi uwzględniać koszty wytworzenia przedmiotu zamówienia, zapakowania, ubezpieczenia, dostarczenia do siedziby Zamawiającego.

3. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

4. Zamawiający nie przewiduje rozliczeń w walucie obcej.

5. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert.

6. Jeżeli w postępowaniu złożona będzie oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W takim przypadku Wykonawca, składając ofertę, jest zobligowany poinformować Zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

7. Wzór Formularza Ofertowego został opracowany przy założeniu, iż wybór oferty nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie podatku VAT. W przypadku, gdy Wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie o powstaniu u Zamawiającego obowiązku podatkowego, to winien odpowiednio zmodyfikować treść formularza”.

W § 6 wzoru umowy wskazano:

1. Wysokość miesięcznego wynagrodzenia za wydane posiłki stanowi iloczyn dobowego kosztu żywienia jednego chorego (cena za osobodzień) i ilości pacjentów. Dobowy koszt żywienia jednego chorego wynosi złotych brutto (słownie: złotych brutto /100).

2. Zamawiający zobowiązuje się dokonywać zapłaty należności na konto Wykonawcy w ciągu 30 dni od daty otrzymania rachunku.

3. Wykonawca będzie wystawiał rachunek w okresach miesięcznych, a rachunek zawierał będzie ilość śniadań, obiadów i kolacji.

4. Dla ustalenia wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 przyjmuje się, że wartość obiadu stanowi 50% tego wynagrodzenia, zaś wartość śniadań i kolacji po 25% tego wynagrodzenia.

5. Wynagrodzenie określone w ust. 1 jest niezmiennie przez cały okres obowiązywania umowy z zastrzeżeniem ust. 6.

W przypadku zmiany podatku VAT w stosunku do obowiązującej na dzień 07.05.2025 roku wynagrodzenie ulega zmianie proporcjonalnie do zmiany stawki podatku. Zmienione wynagrodzenie brutto obowiązuje począwszy od pierwszego dnia miesiąca kalendarzowego w który nastąpiła zmiana stawek podatku.

7. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o prawa których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

8. W wypadku zmiany, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret pierwsze ww. ustawy wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

9. W przypadku zmiany, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret drugie ww. ustawy wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia albo do wysokości

zmienionej minimalnej stawki godzinowej, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych, wynikających z tych zmian

10. W przypadku zmiany, o którym mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret trzecie ww. ustawy wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.
11. W przypadku zmiany, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret czwarte ww. ustawy wynagrodzenie Wykonawcy zostanie podwyższone o wartość, o jaką wzrosną całkowite koszty wykonania umowy ponoszone przez Wykonawcę, wynikające ze wzrostu kosztów realizacji zamówienia publicznego wynikającego z wpłat do PPK dokonywanych przez podmioty zatrudniające osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia publicznego.
12. Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret pierwsze ww. ustawy wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret drugie - czwarte ww. ustawy.
13. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów związanych z realizacją zamówienia
14. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji po zakończeniu każdego 6 miesięcy świadczenia usługi z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego zawarto Umowę.
15. Każda ze stron Umowy może zwrócić się do drugiej strony z wnioskiem o waloryzację w terminie do 30 dni od dnia upływu każdego kolejnych 6 miesięcy realizacji Umowy. Strona rozpatruje wniosek w terminie 30 dni od dnia jego wpływu.
16. Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 6 miesiącach realizacji Umowy.
17. Wynagrodzenie będzie podlegać waloryzacji (wzrost lub obniżenie). w oparciu o ostatnio opublikowany w chwili składania wniosku o waloryzację półroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych opublikowany w formie komunikatu przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” na stronie internetowej Urzędu (okres poprzedni = 100).
18. Strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik wzrostu lub obniżenia cen towarów i usług, o którym mowa w ust. 4, osiągnie minimum 2% w stosunku do okresu poprzedniego.
19. W przypadku likwidacji określonego w ust. 4 wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w niniejszym paragrafie stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.
20. W wyniku dokonania waloryzacji, całkowite wynagrodzenie może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu maksymalnie o 20% całkowitego wynagrodzenia brutto.
21. Zmiana cen materiałów lub zmiana kosztów musi być związana z realizacją Umowy. Udowodnienie powyższych okoliczności spoczywa na Wykonawcy. W tym celu Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających te okoliczności.
22. Zmiana wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w niniejszym paragrafie, wymaga zawarcia aneksu w formie pisemnej lub elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi pod rygorem nieważności.
23. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do niezwłocznej zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawcy.
24. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa powyżej wymaga sporządzenia aneksu do umowy.

W złożonym formularzu oferty Odwołujący zaoferował:

„Wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę za osobodzień w wysokości: 29,26 złotych netto (słownie: dwadzieścia dziewięć złotych 26/100 netto), co stanowi 31,60 złotych brutto (słownie: trzydzieści jeden złotych 60/ 100 brutto).

W tym:

- śniadanie: 7,32 złotych netto (słownie: siedem złotych 32/100 netto), co stanowi 7,91 złotych brutto (słownie: siedem złotych 91/100 brutto).
- obiad: 14,63 złotych netto (słownie: czternaście złotych netto 63/100), co stanowi 15,80 złotych brutto (słownie: piętnaście złotych 80/100 brutto).
- kolacja: 7,31 złotych netto (słownie: siedem złotych czterdzieści cztery grosze netto) co stanowi 7,89 złotych brutto (słownie: siedem złotych 89/100 brutto)”.

W dniu 2 października 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum Ever jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu między innymi oferty Odwołującego podając następujące uzasadnienie prawne i

faktyczne:

„Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt. 5

Uzasadnienie faktyczne: Zapis §6, pkt 4 wzoru umowy, który stanowił dokumenty zamówienia brzmi: „Dla ustalenia wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 przyjmuje się, że wartość obiadu stanowi 50% tego wynagrodzenia, zaś wartość śniadań i kolacji po 25% tego wynagrodzenia.” Wykonawca Foodkar J.W. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę za osobodzień w wysokości: 29,26 złotych netto (słownie: dwadzieścia dziewięć złotych 26/100 netto), co stanowi 31,60 złotych brutto (słownie: trzydzieści jeden złotych 60/ 100 brutto). W tym: - śniadanie: 7,32 złotych netto (słownie: siedem złotych 32/100 netto), co stanowi 7,91 złotych brutto (słownie: siedem złotych 91/100 brutto). - obiad: 14,63 złotych netto (słownie: czternaście złotych netto 63/100), co stanowi 15,80 złotych brutto (słownie: piętnaście złotych 80/100 brutto). - kolacja: 7,31 złotych netto (słownie: siedem złotych czterdzieści cztery grosze netto), co stanowi 7,89 złotych brutto (słownie: siedem złotych 89/100 brutto). W związku z powyższym Wykonawca do obliczenia cen jednostkowych za poszczególne posiłki nie uwzględnił zapisów dokumentacji przetargowej. Zaproponowane stawki za poszczególne posiłki są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego oraz warunkami zamówienia”.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu głównego, tj. w zakresie zarzutu nr 1.

Odwolujący zakwestionował czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a konkretnie poprzez obliczenie cen jednostkowych za poszczególne posiłki niezgodnie z zapisem § 6 pkt 4 wzoru umowy.

Przedmiotem sporu było to, czy z punktu widzenia wyżej cytowanej treści SWZ, a w szczególności brzmienia § 6 pkt 4 wzoru umowy, wymaganym było zaoferowanie przez wykonawców cen jednostkowych za poszczególne posiłki (śniadanie, obiad, kolacja) w następującej proporcji: 25% ceny osobodnia za śniadanie – 50% ceny osobodnia za obiad – 25% ceny osobodnia za kolację.

W ocenie Izby takiego wymogu nie można jednak wywieść mając na uwadze ustaloną przez Zamawiającego treść SWZ. Sposób obliczenia ceny oferty został opisany szczegółowo w rozdziale XIV SWZ. Zapisy tego rozdziału, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, nie zobowiązują wykonawców do stosowania proporcji, o której mowa w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego tj. proporcji, w której wysokość wynagrodzenia równa się wartości obiadu 50% tego wynagrodzenia, zaś wartość śniadań i kolacji po 25% tego wynagrodzenia. Również wzór formularza oferty w żadnej mierze nie wprowadza takiego wymogu. Wykonawca zobowiązany był podać cenę (netto i brutto) wykonania przedmiotu zamówienia za osobodzień i podać, ile w tej cenie stanowią ceny (netto i brutto) śniadania, obiadu i kolacji, ale brak było jakichkolwiek wskazań, aby poszczególne ceny miały stanowić ww. części całkowitej ceny osobodnia.

Przechodząc bezpośrednio do jedynego postanowienia SWZ, z którym, według podanego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, treść oferty Odwołującego jest niezgodna, a mianowicie do § 6 pkt 4 wzoru umowy, Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż odnosi się ono do sposobu rozliczenia wykonania umowy, a nie do sposobu obliczenia ceny ofertowej. W ww. zapis literalnie referuje do ustalenia wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 wzoru umowy, a więc do wysokości miesięcznego wynagrodzenia za wydane posiłki, która stanowi iloczyn dobowego kosztu żywienia jednego chorego (ceny za osobodzień) i ilości pacjentów. Tymczasem formularz oferty jasno wymagał podania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia za osobodzień. Izba zgadza się zatem z Odwołującym, że treść postanowienia § 6 ust. 4 wzoru umowy dowodzi, że stawki za śniadanie, obiad i kolacje są wycelne na podstawie umowy. Jednocześnie ww. zapis nie zobowiązuje wykonawcy do obliczenia ceny podanej w ofercie przy zastosowaniu określonej proporcji. Warto też wskazać, że Zamawiający w treści postanowienia § 6 ust. 4 wzoru umowy użył zwrotu „przyjmuje się”, co w oczach Izby nie wyraża obowiązku co do stosowania ww. proporcji dla cen jednostkowych za posiłki, a służy celom comiesięcznego rozliczenia wydanych posiłków i ich umownej wartości (śniadań, obiadów i kolacji).

Odnosząc się do stanowiska procesowego zajętego przez Zamawiającego, to wskazać należy, że odpowiedź na odwołanie stanowiła de facto powtórzenie treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, a na posiedzeniu i rozprawie Zamawiający nie stawiał się (w aktach sprawy znajduje się potwierdzenie otrzymania zawiadomienia o terminie). Zaś względem argumentacji Konsorcjum Ever należy podnieść, że o prawidłowości czynności Zamawiającego nie może świadczyć, że większość wykonawców przyjęła proporcję: 25% ceny osobodnia za śniadanie – 50% ceny osobodnia za obiad – 25% ceny osobodnia za kolację. Przywołane w piśmie Konsorcjum Ever postanowienie rozdziału XIV pkt 2 SWZ w kontekście oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego jest o tyle niezasadne dla sprawy, gdyż, choć oczywiście w swojej treści odnosi się literalnie do uwzględnienia postanowień umowy określonych w SWZ, tym niemniej dotyczy wymogu uwzględnienia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, a nie samego sposobu podania cen. Podkreślić bowiem trzeba, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie było nieuwzględnienie któregoś z wymaganych kosztów w cenie ofertowej. Z kolei przywołanie przez Konsorcjum Ever

brzmienia § 6 ust. 3 wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca będzie wystawiał rachunek w okresach miesięcznych, a rachunek zawierał będzie ilość śniadań, obiadów i kolacji, w ocenie Izby potwierdza to, że § 6 ust. 4 wzoru umowy dotyczy rozliczeń, a nie sposobu określenia ceny.

Mając na względzie brzmienie dokumentacji postępowania, Izba nie mogła przyjąć, że opisany przypadek prowadzić winien do stwierdzenia niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Podkreślić trzeba, że aby mówić o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, koniecznym jest precyzyjne wskazanie, z którymi warunkami, precyzyjnie ustalonymi w dokumentacji zamówienia, dany element oferty wykonawcy jest niezgodny. Przy czym zarzucona niezgodność musi mieć charakter jednoznaczny i niewątpliwy. Ustalenie niezgodności z warunkami zamówienia musi więc odbywać się wedle literalnego brzmienia treści SWZ. Jeżeli zaś intencje co do określonego wymagania Zamawiającego były inne aniżeli wynika to obiektywnie z postanowienia dokumentacji, nie jest zasadnym wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który do tych niewyartykułowanych wprost oczekiwań się nie zastosował. Zamawiającego wiąże bowiem ustalona treść SWZ, która po otwarciu ofert nie może być przez niego subiektywnie interpretowana i stosowana.

Na rozstrzygnięcie zarzutu nie miały więc wpływu poczynione z „daleko idącej ostrożności” przez Odwołującego twierdzenia, że złożona przez niego oferta nie została złożona dowolnie i przy całkowitym lub zasadniczym pominięciu treści i znaczenia § 6 ust. 4 wzoru umowy, gdyż zaoferowane przez Odwołującego ceny za poszczególne posiłki nieznacznie – tj. tylko o 1 grosz i tylko w zakresie jednego posiłku tj. śniadania odbiegają od proporcji, która ma być stosowana przez strony podczas realizacji umowy, a także polemizujące z tymże stanowiskiem uwagi Konsorcjum Ever zawarte w przedstawionym piśmie procesowym.

Tym samym potwierdziło się naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. W konsekwencji doszło również do naruszenia art. 239, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej odbywał się z pominięciem oferty Odwołującego, która to zawierała cenę niższą od ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę przy tożsamym zadeklarowaniu przygotowania posiłków w pomieszczeniach dzierżawionych od Zamawiającego (kuchni szpitalnej) wraz z ich dystrybucją do wskazanych przez Zamawiającego miejsc, punktowanych w ramach drugiego z kryteriów oceny ofert. Zasadność zarzutu nie oznacza jednak, że wszystkie podstawy prawne postawione przez Odwołującego zostały naruszone. W treści odwołania brak jest uzasadnienia dla naruszenia również art. 17 ustawy Pzp. Zarazem Izba nie dostrzegła w treści odwołania argumentów, które przemawiać miałyby za naruszeniem przez Zamawiającego zasady jawności, czy też innych instytucji ujętych w postawionym przez Odwołującego art. 18 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby zarzut nr 1 zasługiwał na uwzględnienie, wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Natomiast, zarzut nr 2 podniesiony przez Odwołującego ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu nr 1, w konsekwencji uwzględnienia zarzutu nr 1 nie wchodził w zakres rozpoznania sprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....