

WYROK
z dnia 15 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2019 r. przez wykonawcę **Catermed S.A., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze DPS, ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Gastro-Serwis Sp. z o.o., ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i skrócić okres obowiązywania umowy nr 1/AM-CRO/2019/U zawartej przez zamawiającego w dniu 5 listopada 2019 r. z wykonawcą Gastro-Serwis Sp. z o.o. - do dnia 16 grudnia 2019 r.,
2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze DPS, ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź,** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Catermed S.A., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź,** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego **Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze DPS, ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź**, na rzecz odwołującego **Catermed S.A., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź**, kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze DPS, ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. „Świadczenie usług gastronomicznych w zakresie całodobowego żywienia mieszkańców CRO w Łodzi ul. Przybyszewskiego 255/267”, nr referencyjny: 2/AM-CRO/2019/U. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BIP Urzędu Miasta Łodzi w dniu 28 października 2019 r.

W dniu 31 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Catermed S.A., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 138o ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp” poprzez dokonanie nieprecyzyjnego, niezupełnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, co stoi w sprzeczności z wyrażoną w ww. przepisach zasadą udzielenia zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący,
2. art. 138o ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie dyskryminacyjnego, nieproporcjonalnego i niedopuszczalnego kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia, ocenianego w postępowaniu wyłącznie jako doświadczenie danego wykonawcy i bez wymogu realizacji zamówienia przez osoby posiadające wymagane doświadczenie.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności podniósł argumenty dotyczące kwestii dopuszczalności złożenia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych. Odwołujący powołał się na Konstytucję, Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dyrektywę 2014/24/UE, wyroki Trybunału Konstytucyjnego (m.in. wyrok z dnia 07.01.1992 r., K 8/91, OTK 1992 nr 1, poz. 5), wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25.08.2017 r. (sygn. akt IX Ca 807/17), wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 08.06.2018 r. (sygn. akt IV Ca 361/18), przepisy ustawy Pzp, poglądy doktryny oraz stanowisko Ministerstwa Rozwoju. Odwołujący wywiódł, że wniesienie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych, jest dopuszczalne.

Odnosząc się do meritum sprawy, odwołujący zakwestionował prawidłowość opisanego kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie”, stwierdzając, że jest ono skrajnie dyskryminacyjne, nieproporcjonalne i niedopuszczalne w świetle naczelných zasad ustawy

Pzp m.in. dlatego, że istnieje w Polsce zaledwie kilka DPS-ów żywiących ponad 400 pacjentów, zatem większość wykonawców na rynku nie jest w stanie wykazać doświadczenia w takich jednostkach.

Odwołujący podniósł też, że wyznaczony przez zamawiającego 3-dniowy termin składania ofert jest skrajnie niezgodny z art. 138o ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jest niewystarczający do przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu dotyczącym zamówienia na codzienne świadczenie usług gastronomicznych przez okres roku.

Ponadto odwołujący zakwestionował prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia wskazując na jego nieczytelność, niekompletność i ogólnikowość, która uniemożliwia właściwe skalkulowanie ceny oferty i prowadzi do nieporównywalności ofert.

Odwołujący dodał, że usługę żywienia pacjentów „niezmiennie przez ten okres wykonuje Gastro Serwis sp. z o.o. z siedzibą u Zamawiającego, któremu też Zamawiający wydzierżawił kuchnię i zaplecze. Nasuwa się zatem wątpliwość, czy rzeczywiście jest intencją Zamawiającego, aby wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu byli równo traktowani.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu poprzez podanie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu — opisie przedmiotu zamówienia, następujących informacji precyzujących opis przedmiotu zamówienia:
 - a. podanie liczby wydanych posiłków w rozbiu na śniadania, II śniadania, obiady, podwieczorki, kolacje, posiłki nocne w rozbiu na poszczególne miesiące za okres wrzesień 2018 - październik 2019,
 - b. wskazanie, czy zamawiający przewiduje w trakcie trwania kontraktu zmiany co do ilości oddziałów lub łóżek np. likwidacja bądź zwiększenie? Jeżeli tak, należy podać przewidywany okres zmiany oraz ilości łóżek,
 - c. przez zmianę kryterium oceny ofert „Doświadczenie” na:
„W celu oceny ofert wg tego kryterium zamawiający skorzysta z informacji zawartej w formularzu ofertowym, czy usługodawca świadczył usługi żywienia mieszkańców DPS-ów lub Zol-u lub szpitala w liczbie min. 400 osób przez okres min. 1 roku o wartości min. 2 300 000 zł brutto, w czasie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.
Punkty za „Doświadczenie” Dx w żywieniu mieszkańców DPS-ów (zgodnie z opisem j.w.) przyznawane będą wg następującej zasady :
 - 1 pkt. otrzyma Usługodawca, który żywił mieszkańców DPS-ów lub Zol-u lub szpitala - maksymalnie Usługodawca może otrzymać jeden punkt.
 - pkt. otrzyma Usługodawca, który nie żywił mieszkańców DPS-ów lub Zol-u lub szpitala.”

- d. wskazanie, czy zamawiający planuje w trakcie trwania kontraktu remonty, które skutkowałyby zmniejszeniem liczby żywionych pacjentów o 10% i więcej,
- e. wskazanie, czy obowiązkiem wykonawcy jest zostawienie posiłków w termosach w kuchence oddziałowej, za dystrybucję posiłków odpowiadają pracownicy zamawiającego, a termosy po posiłkach można odebrać przy dostawie kolejnego posiłku,
- f. wskazanie, czy wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia zapewnia tylko termosy, GN, a sprzęt dystrybucyjny jest po stronie zamawiającego,
- g. podanie informacji, na ile kuchenek oddziałowych należy dostarczyć posiłki w podziale na poszczególne lokalizacje wraz z podaniem pięter i opisem drogi dostarczenia,
- h. wskazanie, czy w kuchenkach oddziałowych znajdują się kuchenki mikrofalowe do podgrzania posiłków dla pacjentów diagnostycznych,
- i. wskazanie miejsca do przechowywania odpadów pokonsumpcyjnych spełniającego wymogi odpadów niebezpiecznych i zakaźnych,
- j. wskazanie, jak duże ilości naczyń jednorazowych potrzebne są dla pacjentów nowo przyjętych oraz diagnostycznych,
- k. wskazanie w pkt 4 opisu przedmiotu zamówienia, po słowach „w odpowiedniej temperaturze”, słów: „Za temperaturę odpowiednią uznaje się temperatury posiłków zgodnie z systemem HACCP, z uwzględnieniem odchyłu od wymaganej temperatury +/- 5°”,
- l. wskazanie, że po stronie zamawiającego leży posiadanie wózków bemaowych, służących do podtrzymania wymaganych temperatur wskazanych w ogłoszeniu,
- m. wskazanie, że zamawiający nie wymaga dodatku białkowego do śniadania i kolacji,
- n. wskazanie, czy w budynkach znajdują się windy i czy wykonawca będzie ponosił koszty związane z ich użytkowaniem,
- o. wskazanie, czy wykonawca ma do dyspozycji dźwigi towarowe przy dystrybucji posiłków do oddziałów, czy musi korzystać ze schodów?
- p. wskazanie, czy zamawiający dopuszcza stosowanie wędlin blokowych czyli produktów mięsnych wykonanych z surowców mięsno-tłuszczowych o zachowanej lub częściowo zachowanej strukturze tkankowej lub rozdrobnionych, peklowanych lub solonych z ewentualnym dodatkiem surowców uzupełniających, przyprawionych, poddanych obróbce cieplnej w formach lub osłonkach i formach zachowujących ich kształt np. wędliny mielone (tj. mielonki), wędliny konserwowe czy też wymaga stosowania tylko wyrobów mięsnych wysokogatunkowych typu polędwica, szynka, filet z indyka/kurczaka, schab pieczony, baleron gotowany. Należy również określić minimalną procentową zawartość mięsa w 100 g produktu,
- q. wskazanie, że wykonawca nie jest odpowiedzialny za mycie zastawy,

- r. wskazanie, ile wózków bemaowych powinien zabezpieczyć wykonawca w celu poprawnej realizacji zamówienia oraz ile wózków do transportu zastawy?
 - s. wskazanie, czy istnieją jakiekolwiek bariery architektoniczne w dostawie posiłków?
 - t. wskazanie, że zamawiający zapewnia zastawę na cały okres realizacji zamówienia,
 - u. podanie w układzie tabelarycznym danych podstawowych dotyczących lokalizacji oddziałów (w tym piętra w budynku) oraz rodzaju dystrybucji (wózki bemaowe, termosy czy inne) dla poszczególnych kuchenek,
 - v. wskazanie, że wykonawca nie jest odpowiedzialny za sprzątanie kuchenek oddziałowych, zapewnienie środków czystości, płynów, itp.
- 2) jeżeli do dnia rozpatrzenia niniejszego odwołania zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący żąda nakazania zamawiającemu unieważnienia dokonania tej czynności, ewentualnie w przypadku zawarcia umowy przez zamawiającego z wybranym wykonawcą - żąda unieważnienia tej umowy.

Pismem z dnia 5 listopada 2019 r. wykonawca Gastro-Serwis Sp. z o.o., ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie. Przystępujący wskazał, że:

- 1) Nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych. Przystępujący powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, pisma Departamentu Prawnego UZP z dnia 15.10.2018 r. i 31.07.2019 r. oraz wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 22.10.2019 r. (sygn. akt III Ca 1436/19). Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.
- 2) Odwołanie zostało złożone samodzielnie przez wykonawcę Catermed S.A., natomiast ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyło konsorcjum, w skład którego wchodzi odwołujący oraz dwie inne firmy: JOL-MARK Sp. z o.o. i P.P.H.U Postęp. Przy czym oferta ww. konsorcjum została złożona w dniu 31.10.2019 r. o godz. 8.24, natomiast odwołanie zostało złożone w tym samym dniu o godz. 9.36. W związku z tym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.
- 3) Odwołujący nie może ponieść szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożył już ofertę, która okazała się mniej korzystna od oferty przystępującego i byłaby mniej korzystna, nawet gdyby zastosowanie miało wyłącznie kryterium ceny 100%.
- 4) W świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania na kryteria oceny ofert. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania z tej przyczyny.
- 5) „złożenie odwołania w niniejszej sprawie na opis przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert, gdy to złożenie nastąpiło po złożeniu ofert i zaraz przed wyborem

najkorzystniejszej oferty, czyni niniejsze postępowanie bezprzedmiotowym, w szczególności gdy Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zakresem zaskarżenia wskazanym w odwołaniu zgodnie z art. 192 ust. 7 p.z.p. Tym samym należałoby z tej przyczyny umorzyć to postępowanie.”

- 6) Działania zamawiającego są prawidłowe, co m.in. potwierdza wyrok KIO 1684/14, w którym analogiczne kryterium oceny ofert zostało uznane za prawidłowe, a także fakt, że odwołujący wbrew swoim twierdzeniom, złożył jednak ofertę.

Pismem z dnia 12 listopada 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, że:

- 1) Nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych. Zamawiający powołał się na przepisy ustawy Pzp, treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972), pismo Departamentu Prawnego UZP z dnia 15.10.2018 r., wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 22.10.2019 r. (sygn. akt III Ca 1436/19) oraz orzecznictwo Izby, m.in. postanowienie o sygn. akt KIO 998/19. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.
- 2) Odwołanie zostało złożone samodzielnie przez wykonawcę Catermed S.A., natomiast ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyło konsorcjum, w skład którego wchodzi odwołujący oraz dwie inne firmy: JOL-MARK Sp. z o.o. i P.P.H.U Postęp. Przy czym oferta ww. konsorcjum została złożona w dniu 31.10.2019 r. o godz. 8.24, natomiast odwołanie zostało złożone w tym samym dniu o godz. 9.36. W związku z tym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.
- 3) Odwołujący nie może ponieść szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożył już ofertę, która okazała się mniej korzystna od oferty przystępującego i byłaby mniej korzystna, nawet gdyby zastosowanie miało wyłącznie kryterium ceny 100%. Ponadto w świetle wyroku KIO 1684/14, kwestionowane w odwołaniu kryterium oceny ofert należy uznać za prawidłowe.
- 4) W świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania na kryteria oceny ofert. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z tej przyczyny.
- 5) „oferta konsorcjum, którego Członkiem jest Odwołujący Catermed S.A. została wniesiona w dniu 31 października 2019 r. o godzinie 08:24. Termin składania ofert został wyznaczony na godzinę 09:30 tego dnia, a otwarcie złożonych ofert ustalono na godzinę 10:00. Z kolei odwołanie Catermed S.A. wpłynęło w tym samym dniu o godz. 9:36, a zatem czasie pomiędzy terminem składania ofert a otwarciem ofert. W tej sytuacji

złożenie odwołania, w którym zarzuty dotyczą opisu przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert i zarzuty te nie mogą być skutecznie modyfikowane czy zastąpione innymi (jako że zgodnie z art. 192 ust. 7 P.zp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu), czyni niniejsze postępowanie bezprzedmiotowym.”

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług gastronomicznych w zakresie całodobowego żywienia mieszkańców CRO w Łodzi. Zamówienie jest udzielane w ramach postępowania na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych, o których mowa w art. 138o ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BIP Urzędu Miasta Łodzi w dniu 28 października 2019 r. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 31 października 2019 r.

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cenę – 80% oraz doświadczenie – 20%. W ramach kryterium doświadczenia wykonawca miał otrzymywać 1 pkt, jeżeli posiadał doświadczenie w żywieniu mieszkańców DPS-ów w liczbie min. 400 przez okres min. 1 roku o wartości min. 2.300.000 zł, a jeśli takiego doświadczenia nie posiadał – miał otrzymywać 0 pkt.

W załączniku nr 1 do ogłoszenia zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia odnoszący się m.in. do godzin podawania posiłków, rodzaju i wagi podawanej żywności (np. co najmniej 2 x w tygodniu porcja ciasta o gramaturze nie niższej niż 80 g, pieczywa półcukierniczego lub zamiennie ciastek; kompot lub napój do obiadu – nie mniej niż 300 ml, itp.), częstotliwości podawania określonego rodzaju żywności w ciągu tygodnia, pojemników i sprzętania. W załączniku nr 1a do ogłoszenia zamawiający wskazał oczekiwane zestawienie dzienne składników pokarmowych na 1 osobę (m.in. kalorie, żelazo, witaminy) oraz dzienną normę żywieniową na 1 osobę (m.in. produkty zbożowe, mleko i produkty mleczne, itd.). W załączniku nr 1b do ogłoszenia zamawiający opisał procedurę odbioru posiłków.

W dniu 31 października 2019 r.:

- o godz. 8.24. odwołujący złożył ofertę wspólną wraz z: JOL-MARK i P.P.H.U. Postęp,
- o godz. 9.30 upływał termin składania ofert,
- o godz. 9.36 odwołujący (bez konsorcjantów) złożył niniejsze odwołanie,
- o godz. 10.00 upływał termin otwarcia ofert.

W postępowaniu złożono dwie oferty:

- przystępującego z ceną 3.476.289,20 zł i wymaganym doświadczeniem,
- konsorcjum w składzie: odwołujący, JOL-MARK Sp. z o.o. i P.P.H.U Postęp z ceną 3.591.585,40 i bez wymaganego doświadczenia (wg oceny zamawiającego).

W dniu 31 października 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 listopada 2019 r. zamawiający zawarł umowę z przystępującym. W tym samym dniu zamawiający opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wniosków o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na usługę społeczną o wartości poniżej progów unijnych, Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie z art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483), każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Prawo do sądu jest więc prawem nadrzędnym, uregulowanym w Ustawie Zasadniczej, będącej źródłem prawa o najwyższej mocy prawnej i zgodnie z tą Ustawą prawo to przysługuje każdemu. Z uwagi na rangę konstytucyjną prawa do sądu, jego ewentualne wyłączenie (abstrahując od zgodności z Konstytucją) musiałoby być wprost i jednoznacznie wyrażone w przepisie ustawy. Brak takiego jednoznacznego wyłączenia skutkuje koniecznością przyjęcia, że obowiązuje przepis Konstytucji przyznający prawo do sądu każdemu. Brak w danej ustawie przepisu przyznającego prawo do sądu nie uzasadnia zatem pozbawienia jednostki tego prawa, gdyż jak wskazano wyżej – wynika ono z samej Konstytucji.

Odnosząc powyższe do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 138o oraz przepisów dotyczących postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, która

w tym wypadku wypełnia obowiązki sądu I instancji, należy zauważyć, że żaden z tych przepisów nie zawiera wyłączenia możliwości złożenia odwołania w przypadku usług społecznych o wartości poniżej progów unijnych. W szczególności art. 138o ustawy Pzp w ogóle się do tej kwestii nie odnosi, zaś spośród przepisów dotyczących postępowania odwoławczego jedynie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje szczególne regulacje dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych. Należy jednak podkreślić, że przepis ten (art. 180 ust. 2) dotyczy wszystkich zamówień o wartości poniżej progów unijnych, a zatem także zamówień na usługi społeczne o takiej wartości. Oznacza to, że jedyne ograniczenia we wniesieniu odwołania w postępowaniu na usługi społeczne poniżej progów unijnych wynikają z ww. art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i dotyczą rodzaju czynności zamawiającego, które mogą być przez wykonawcę zakwestionowane w odwołaniu. Przepis ten, jak i żadne inne w ustawie Pzp, nie przewidują natomiast, w przypadku usług społecznych o wartości poniżej progów unijnych, wyłączenia prawa do wniesienia odwołania w ogóle. Skoro ustawa Pzp nie zawiera przepisu wprost i jednoznacznie wyłączającego prawo do wniesienia odwołania, to nie ma podstaw do pozbawienia jednostki takiego prawa wbrew Konstytucji. W szczególności wyłączenie prawa do wniesienia odwołania nie może opierać się na porównywaniu przepisów (np. art. 138l i art. 138o ustawy Pzp) i wynikającym z tego domniemywaniu intencji Ustawodawcy. Pozbawienie wykonawcy tak ważkiego prawa, jakim jest prawo ochrony swoich interesów, czyli prawo do wniesienia odwołania, nie może być domniemywane. Wyłączenie takiego prawa musiałoby być jednoznacznie wyrażone w ustawie Pzp, a takiego jednoznacznego wyłączenia - brak.

Przechodząc w tym miejscu do kwestii intencji, jakie przysługiwały Ustawodawcy przy regulowaniu procedury udzielania zamówień na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych, zauważyć należy, że zgodnie z art. 138g ustawy Pzp są to zamówienia o wartości mniejszej niż 750 000 euro w przypadku zamówień klasycznych i mniejszej niż 1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych. Mowa jest więc o zamówieniach, które wg obowiązującego obecnie dla zamówień publicznych kursu euro (4,3117) mają wartość do 3 233 775 zł netto lub do 4 311 700 zł netto (zamówienie, którego dotyczy niniejsza sprawa zostało oszacowane na 3 141 142 zł netto). W skali kraju wartość udzielonych zamówień na usługi społeczne wyniosła w 2018 r. 3,8 mld zł (wg Sprawozdania Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych za 2018 r., str. 29). Abstrahując więc od tego, że brak prawa do wniesienia odwołania powinien wynikać z jednoznacznych przepisów ustawy, a nie z domniemywanych intencji Ustawodawcy, mimo wszystko nie sposób nie wyrazić wątpliwości, czy intencją racjonalnego Ustawodawcy mogłoby być pozbawienie wykonawców prawa weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego przy udzielaniu zamówień o wyżej wskazanych, niemałych wartościach. Brak możliwości wniesienia przez wykonawcę odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej prowadzi do braku kontroli

nad działaniem zamawiającego w toku procedury udzielania zamówienia i w konkretnych przypadkach skutkować może podejmowaniem przez zamawiających działań całkowicie wypaczających zasady przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji (np. polegających na takim konstruowaniu terminów, czy wymagań, żeby przez lata zamówienie mógł uzyskać ten sam wykonawca). Prawo wniesienia odwołania służy zatem możliwości weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego przy wydatkowaniu środków publicznych i nie może zostać wyłączone w sytuacji, gdy Ustawodawca wyraźnie takiego wyłączenia nie przewidział.

Niezależnie od powyższych wywodów należy także odnieść się do samej treści art. 138o ustawy Pzp. Po pierwsze, należy zauważyć, że art. 138o ustawy Pzp wymienia obowiązki zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych, natomiast w ogóle nie odnosi się do praw, czy obowiązków wykonawców. Tym samym przepis ten nie tylko nie wyłącza prawa wykonawcy do wniesienia odwołania, ale w ogóle nie dotyczy wykonawców, ponieważ odnosi się wyłącznie do zamawiającego. Po drugie, w przepisie tym mowa jest o „udzieleniu zamówienia”. „Udzielenie zamówienia” następuje w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, które prowadzi zamawiający i które zmierza do wyboru wykonawcy i zawarcia z nim umowy (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia jest zaś odrębnym postępowaniem od postępowania odwoławczego, które toczy się przed Krajową Izbą Odwoławczą i które zostało uregulowane w dziale VI ustawy Pzp. Skoro zatem art. 138o ustawy Pzp odnosi się do procedury „udzielenia zamówienia”, to znaczy, że przepis ten w ogóle nie dotyczy odrębnej procedury odwoławczej i nie można z jego treści wyciągać żadnych wniosków co do tejże procedury odwoławczej, w tym także w zakresie tego, czy wykonawca posiada, czy nie, prawo do wniesienia odwołania.

Całkowicie chybione jest także wywodzenie braku możliwości wniesienia odwołania w postępowaniach na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych, z przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972). Przede wszystkim akt prawny rangi podustawowej nie może przesądzać o posiadaniu lub nieposiadaniu prawa do wniesienia odwołania, która to kwestia musi być uregulowana ustawowo, w dodatku zaś – jak wskazano już wyżej – wyłączenie tego prawa musiałoby być wyrażone przez Ustawodawcę w sposób jednoznaczny. Ponadto fakt, że w § 1 ww. rozporządzenia wyodrębniony został ust. 1a dotyczący wysokości wpisu dla zamówień na usługi społeczne o wartości wyższej od progów unijnych, a nie został wyodrębniony ustęp dla analogicznych zamówień o wartości poniżej progów unijnych, może co najwyżej świadczyć o niedoskonałości techniki legislacyjnej zastosowanej w tym konkretnym akcie prawnym, nie zaś o tym, że wykonawca nie ma prawa wniesienia odwołania. Należy przy tym zauważyć, że w ww. rozporządzeniu w § 1 ust. 1 pkt

1 przewidziano wysokość wpisu dla zamówień na dostawy lub usługi o wartości poniżej progów unijnych (7 500 zł), zatem dla zamówień, o których mowa w art. 138o ustawy Pzp, powinna być przyjmowana ta sama wysokość. Rozumowanie takie jest tym bardziej zasadne, że w przypadku zamówień na dostawy lub usługi o wartości wyższej od progów unijnych, wysokość wpisu jest taka sama (15 000 zł) niezależnie od tego, czy są to zamówienia na usługi społeczne, czy wszelkie pozostałe (§ 1 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ww. rozporządzenia).

Podsumowując powyższe wywody, należy podkreślić, że ich prawidłowość potwierdza także dotychczasowe orzecznictwo Sądów Okręgowych. W kwestii dopuszczalności wnoszenia odwołań w postępowaniach na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych wypowiedział się już m.in. Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w postanowieniu z dnia 25.08.2017 r. (sygn. akt IX Ca 807/17) stwierdził, co następuje:

„Przepis art. 138o ustawy P.z.p., nie zawiera co prawda wprost odesłania do stosowania regulacji dotyczących środków ochrony prawnej (tak jak czyni to art. 138l ustawy P.z.p. do zamówień ponad progowych).

Jednakże jak zostało już wyjaśnione, treść tego przepisu stanowi jedynie, iż do zamówień społecznych o mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2 - 4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne - w tym dotyczące przysługujących środków ochrony prawnej, które zostały uregulowane w przepisach art. 179 - 198 ustawy P.z.p.

Zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 1 ustawy P.z.p, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Przyjęcie zapatrywania skarżącego doprowadziłoby do sytuacji, w której podmioty którym przysługują środki ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.), nie mogłyby skarżyć nawet czynności zamawiającego podjętych w trybie art. 138o, które pozostawałby w sprzeczności z zasadą przejrzystości, zasadą obiektywności i zasadą działania w sposób niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 ustawy P.z.p.).

Należy mieć również na uwadze, że przepis art. 138o ustawy P.z.p. w ust. 3, określa niezbędne elementy każdego ogłoszenia o zamówieniu, tj. określenie terminu składania ofert uwzględniającego czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, opis przedmiotu zamówienia, określenie wielkości lub zakresu zamówienia oraz zdefiniowanie kryteriów oceny ofert. Akceptacja stanowiska skarżącego, doprowadziłaby także do braku kontroli prawidłowości działań zamawiającego w tym zakresie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której sposób wydatkowania środków publicznych (w niniejszej sprawie 464.666,66 zł), zostałby całkowicie

wyłączony spod jakiegokolwiek kontroli.

Przyjęcie powyższego stanowiska, stoi w całkowitej sprzeczności z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy P.z.p., który - co do zasady - dopuszcza zaskarżalność niezgodnych z przepisami ustawy czynności (bądź zaniechań) zamawiającego. Wyjątki w tym zakresie, przewiduje jedynie ust. 2 tego przepisu, który - mając zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - zostanie szczegółowo omówiony w dalszej części rozważań.

Należy mieć także na uwadze, że żaden z przepisów działu VI ustawy P.z.p. (ani sam przepis art. 138o), nie wyłącza stosowania przepisów o ochronie prawnej w odniesieniu do jakiegokolwiek postępowania uregulowanego w ustawie. Jak zostało wyżej zasygnalizowane, wyjątki w tym przedmiocie przewiduje natomiast art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. - jednakże przepis ten ogranicza prawo do korzystania z środków ochrony prawnej tylko ze względu na wartość zamówienia - a nie charakter postępowania. (...)

Należy również zauważyć, że - wbrew stanowisku skarżącego - przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, regulują kwestię wysokości wpisu dla spraw rozpoznawanych w niniejszej sprawie.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 1 powołanego rozporządzenia, wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy P.z.p. wynosi 7.500 zł (taka też opłata została pobrana w niniejszej sprawie).

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że przepisy rozporządzenia regulującego wysokość opłat za postępowanie odwoławcze - jako akt niższego rzędu - nie mogą przesądzać o prawie wykonawcy do wniesienia odwołania w danej sprawie.

Z przedstawionych rozważań wynika, że prowadzenie postępowania w oparciu o przepis art. 138o ustawy P.z.p., nie wyklucza wniesienia odwołania od czynności (bądź zaniechania) zamawiającego sprzecznej z przepisami Prawa zamówień publicznych. Omawiana regulacja wskazuje, że do zamówień społecznych o mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2 - 4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne - w tym dotyczące przysługujących środków ochrony prawnej.

Szczegółowy tryb wnoszenia odwołań od czynności zamawiającego niezgodnych z przepisami prawa, określają przepisy działu IV ustawy P.z.p. (art. 179 - 198).

Kwestię dopuszczalności skorzystania z odwołania, wyczerpująco reguluje natomiast przepis art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. W świetle postanowień tego przepisu, należy oceniać prawo wykonawcy do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu

prowadzonym na podstawie art. 138o ustawy P.z.p.”

Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w wyroku z dnia 08.06.2018 r. (sygn. akt IV Ca 361/18), w którym stwierdził, co następuje:

„Sąd Okręgowy, zwłaszcza w świetle regulacji zawartej w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że podmiotom biorącym udział w przetargu, gdy wartość zamówienia jest niższa niż 750.000 euro, przysługuje prawo do wywiedzenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Prawdą jest, że przedmiotowe zamówienie należy do kategorii zamówień na usługi społeczne, a stosownie do treści art. 138g ust. 1 ustawy Pzp przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień na usługi społeczne jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750.000 euro w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub 1.000.000 euro w przypadku zamówień sektorowych. Jednocześnie stosownie do brzmienia art. 138o ust. 1 Pzp jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż przywołane wyżej kwoty, zamawiający może udzielić zamówienia stosując ust. 2-4, a zatem w sposób niedyskryminujący, obiektywny i przejrzysty, wskazując termin składania ofert, opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert. Wartość przedmiotowego zamówienia z pewnością jest niższa niż przewidziana równowartość 750.000 euro, jednakże w ocenie Sądu Okręgowego, nie oznacza to, że stronom tego postępowania nie służą żadne środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie. Jest wręcz przeciwnie. Wskazać bowiem należy, że sam ustawodawca w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewidział możliwość zaskarżenia zamówienia w przypadku, gdy jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach, z tym, że odwołanie to przysługuje jedynie co do enumeratywnie określonych czynności (...). Analiza treści tego przepisu prowadzi zatem do jednoznacznego przekonania, iż Krajowa Izba Odwoławcza niezasadnie uznała, że skarżącemu nie przysługuje prawo do wywiedzenia środka odwoławczego i w tym zakresie jej rozstrzygnięcie uznać należało za błędne, a wywiedzioną w tym zakresie skargę uwzględnić.”

Przytoczone fragmenty wyroków Sądów Okręgowych potwierdzają prawidłowość stanowiska, zgodnie z którym nie ma podstaw do pozbawienia wykonawców ubiegających się o zamówienie na usługę społeczną o wartości poniżej progów unijnych, prawa do wniesienia odwołania. W szczególności kontrargumentem w tej sprawie nie może być na obecnym etapie powoływane przez zamawiającego i przystępującego orzeczenie Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 22.10.2019 r. (sygn. akt III Ca 1436/19), ponieważ (jak zgodnie oświadczyli na rozprawie odwołujący i przystępujący) do tej pory uzasadnienie pisemne nie zostało przez Sąd sporządzone, zaś (zgodnie z oświadczeniem odwołującego, czemu przystępujący nie zaprzeczył) w trakcie wygłaszania motywów ustnych skład orzekający stwierdził, że nie odnosi się do kwestii dopuszczalności wniesienia odwołania

w postępowaniach, o których mowa w art. 138o ustawy Pzp, ponieważ odwołanie i tak podlega odrzuceniu z innej przyczyny. Oznacza to, że do czasu sporządzenia uzasadnienia pisemnego w ww. sprawie, nie można przesądzać, czy i ew. jakie stanowisko w zakresie omawianej kwestii zajmie Sąd Okręgowy w Łodzi.

Reasumując, w ocenie Izby, w świetle podniesionych powyżej argumentów i przytoczonego orzecznictwa, należy stwierdzić, że odwołujący w przedmiotowym postępowaniu był uprawniony do wniesienia odwołania i nie ma podstaw do odrzucenia tegoż odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wniosków o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że fakt, że odwołujący złożył ofertę jako członek konsorcjum, a następnie samodzielnie złożył odwołanie, nie może skutkować stwierdzeniem, że odwołanie złożył podmiot nieuprawniony. Należy bowiem zauważyć, że ww. odwołanie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a zatem postanowień ogłoszenia o zamówieniu. W takim przypadku nie można uznać, że wymagana jest tożsamość podmiotowa wykonawcy wnoszącego odwołanie i wykonawców składających wspólną ofertę. W związku z powyższym, w ocenie Izby, nie ma podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii interesu we wniesieniu odwołania, Izba stwierdziła istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę, mimo kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia, który miał mu utrudniać należyte skalkulowanie ceny, zaś oferta ta okazała się mniej korzystna od oferty przystępującego. Nie oznacza to jednak, że odwołujący nie ma interesu w kwestionowaniu opisu przedmiotu zamówienia i że nie mógł ponieść szkody. Należy stwierdzić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca powinien uzyskać od zamawiającego na tyle pełne i szczegółowe informacje, żeby móc złożyć nie tylko jakąkolwiek ofertę, ale taką ofertę, która rzeczywiście będzie mogła być należycie przygotowana, skalkulowana i konkurencyjna wobec innych. Jeżeli nawet odwołujący ostatecznie podjął ryzyko złożenia oferty, ale w sytuacji, gdy nie mógł jej należycie skalkulować ze względu na opis przedmiotu zamówienia, to znaczy, że miał interes w zmianie tego opisu i mógł ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia z powodu złożenia nienależyte skalkulowanej oferty. Postanowienia ogłoszenia lub siwz nie muszą uniemożliwiać złożenia oferty, żeby możliwe było wykazanie interesu i szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wystarczające jest, że postanowienia te utrudniają złożenie konkurencyjnej oferty. Powyższe potwierdzają orzeczenia Izby, np.

w wyroku o sygn. akt KIO 1747/17. W tym wypadku zatem, w ocenie Izby, fakt złożenia oferty nie miał wpływu na to, że wobec odwołującego spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W trakcie posiedzenia odwołujący cofnął zarzut dotyczący kryterium oceny ofert, dlatego też postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 138o ustawy Pzp:

1. Jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1, zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy ust. 2-4.
2. Zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.
3. Zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności:
 - 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty;
 - 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia;
 - 3) kryteria oceny ofert.
4. Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia.

Izba dokonała analizy zarzutów odwołującego w świetle postanowień ogłoszenia o zamówieniu. W wyniku tej analizy Izba stwierdziła, co następuje:

	Zarzuty odwołującego wobec opisu przedmiotu zamówienia	Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu
1	Brak podania liczby wydanych posiłków w rozbiu na śniadania, II śniadania, obiady, podwieczorki, kolacje, posiłki nocne w rozbiu na poszczególne miesiące za okres wrzesień 2018 - październik 2019.	W zał. nr 1 zamawiający podał, że średniorocznie należy przyjąć 217 540 osobodni (posiłków).

2	Brak informacji, czy zamawiający przewiduje w trakcie trwania kontraktu zmiany co do ilości oddziałów lub łóżek np. likwidacja bądź zwiększenie. Brak informacji o przewidywanym okresie takiej zmiany oraz ilości łóżek.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
3	Brak informacji, czy zamawiający planuje w trakcie trwania kontraktu remontów, które skutkowałyby zmniejszeniem liczby żywionych pacjentów o 10% i więcej.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
4	Wykonawca nie jest pewny, czy dobrze rozumie, że zostawia posiłki w termosach w kuchence oddziałowej, za dystrybucję posiłków odpowiadają pracownicy zamawiającego, a termosy po posiłkach można odebrać przy dostawie kolejnego posiłku.	W zał. nr 1 w pkt 7 zamawiający opisał procedurę dostarczenia posiłków, z której wynika, że wykonawca dostarcza posiłki do kuchenek oddziałowych w różnych pojemnikach, nie tylko w termosach i ma je odebrać w ciągu max. 2 godzin od dostarczenia. Również w pkt 1 zamawiający przewidział dostarczanie posiłków jedynie do kuchenek oddziałowych. Brak w ogłoszeniu informacji na temat dystrybucji posiłków do mieszkańców.
5	Brak informacji, czy do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zapewnia tylko termosy, GN, a sprzęt dystrybucyjny jest po stronie zamawiającego.	W zał. nr 1 w pkt 7 zamawiający opisał procedurę dostarczenia posiłków, z której wynika, że wykonawca dostarcza posiłki w termosach, GN, innych pojemnikach, a także w opakowaniach nadających się do stosowania w kuchenkach mikrofalowych wraz z ceramiczną zastawą stołową. Również w pkt 1 zamawiający przewidział dostarczanie posiłków jedynie do kuchenek oddziałowych. Brak w ogłoszeniu informacji na temat dystrybucji posiłków do mieszkańców.
6	Brak informacji, na ile kuchenek oddziałowych należy dostarczyć posiłki w podziale na poszczególne lokalizacje wraz z podaniem pięter i opisem drogi dostarczenia.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
7	Brak informacji, czy w kuchenkach oddziałowych znajdują się kuchenki mikrofalowe do podgrzania posiłków dla pacjentów diagnostycznych.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
8	Brak informacji dotyczących odpadów zakaźnych.	

9	Brak informacji co do ilości naczyń jednorazowych dla pacjentów nowo przyjętych oraz diagnostycznych.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
10	Brak informacji o możliwości zastosowania odchylenia od wymaganej temperatury $\pm 5^{\circ}$. Brak informacji, czy zamawiający dopuszcza minimalne temperatury posiłków zgodnie z systemem HACCP.	W zał. nr 1 w pkt 4 mowa jest jedynie o „odpowiedniej temperaturze”.
11	Brak informacji, czy zamawiający posiada wózki bierne, służące do podtrzymania wymaganych temperatur.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
12	Brak informacji, czy zamawiający wymaga jednego dodatku białkowego do śniadania i kolacji.	W zał. nr 1 w pkt 3 tiret 7 zamawiający opisał minimalne wymagania co do składu śniadań i kolacji, w tym także w zakresie wędlin, twarogów, serów i zestawów ser-wędlina.
13	Brak informacji, czy wykonawca ma do dyspozycji dźwigi towarowe przy dystrybucji posiłków do oddziałów, czy musi korzystać ze schodów.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
14	Brak informacji, czy zamawiający dopuszcza stosowanie wędlin blokowych czyli produktów mięsnych wykonane z surowców mięsno-tłuszczowych o zachowanej lub częściowo zachowanej strukturze tkankowej lub rozdrobnionych, peklowanych lub solonych z ewentualnym dodatkiem surowców uzupełniających, przyprawionych, poddanych obróbce cieplnej w formach lub osłonkach i formach zachowujących ich kształt np. wędliny mielone (tj. mielonki), wędliny konserwowe czy też wymaga stosowania tylko wyrobów mięsnych wysokogatunkowych typu polędwica, szynka, filet z indyka/kurczaka, schab pieczony, baleron gotowany. Brak też informacji o minimalnej procentowej zawartości mięsa w 100 g produktu.	W zał. nr 1a znajduje się zestawienie dzienne składników pokarmowych na 1 osobę, w którym zamawiający wskazał wymaganą ilość kalorii, białka, tłuszczu, węglowodanów, wapnia, żelaza, witamin: A, B ₁ , B ₂ i C. Ponadto w zał. nr 1 w pkt 3 zamawiający wskazał wędliny jako szlachetne i podroby.
15	Brak informacji, kto odpowiedzialny jest za mycie zastawy.	W zał. nr 1 w pkt 7 zamawiający wskazał, że wykonawca zabiera naczynia i ceramiczną zastawę do mycia.
16	Brak informacji, ile wózków biernych powinien zabezpieczyć wykonawca w celu poprawnej realizacji zamówienia oraz ile wózków do transportu zastawy.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.

17	Brak informacji, czy istnieją jakiegokolwiek bariery architektoniczne w dostawie posiłków.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
18	Brak informacji, kto zapewnia zastawę na cały okres realizacji zamówienia.	W zał. nr 1 w pkt 7 zamawiający wskazał, że wykonawca dostarcza ceramiczną zastawę stołową.
19	Brak podania w układzie tabelarycznym danych podstawowych dotyczących lokalizacji oddziałów (w tym piętra w budynku) oraz rodzaju dystrybucji (wózki bebarowe, termosy czy inne) dla poszczególnych kuchenek.	W zał. nr 1 w pkt 7 mowa jest tylko o termosach. Brak pozostałych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.
20	Brak informacji, kto odpowiedzialny jest za sprzątnięcie kuchenek oddziałowych, zapewnienie środków czystości, płynów itp.	Brak informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.

Z powyższego porównania wynika, że w zakresie części z podniesionych jednostkowych zarzutów (mieszczących się w ramach ogólnego zarzutu wadliwego opisu przedmiotu zamówienia) odwołujący nie ma racji twierdząc, że w ogłoszeniu o zamówieniu brak jest informacji potrzebnych do skalkulowania ceny oferty. Informacje takie znajdują się w szczególności w pkt 7 zał. nr 1, w którym zamawiający opisał procedurę dostarczania posiłków do kuchenek oddziałowych, czy też w zał. nr 1a, w którym zamawiający wskazał wymaganą minimalną ilość m.in. kalorii, czy białka, co powinno wystarczyć wykonawcom do ustalenia, jakie wędliny czy inne mięsa muszą być podawane, aby te minimalne ilości osiągnąć, i co za tym idzie – jaki koszt należy skalkulować w cenie oferty. Niezasadny jest też zarzut dotyczący odpadów zakaźnych, skoro u zamawiającego nie ma odpadów zakaźnych, co wynika z charakteru jego działalności (z przebiegu rozprawy wynika, że kwestia ta została podniesiona przez omyłkę).

Nie można jednak nie zauważyć, że znacząca część zarzutów jednostkowych znalazła potwierdzenie, ponieważ w ogłoszeniu o zamówieniu rzeczywiście brak jest szeregu informacji, które są niezbędne lub choćby przydatne do obliczenia ceny oferty. Przykładowo:

- w ogłoszeniu w ogóle nie została poruszona kwestia dystrybucji posiłków z kuchenek oddziałowych do mieszkańców, tym samym nie wiadomo, kto jest za nią odpowiedzialny i kto ponosi jej koszty,
- nie wskazano też, czy w budynku są windy, czy też dostarczenie posiłków do kuchenek oddziałowych musi odbywać się schodami, co może mieć wpływ choćby na liczbę osób zatrudnionych do dostarczania, a zatem także na cenę oferty,
- nie można też uznać za wystarczającą informację o „odpowiedniej temperaturze”,

- w ogłoszeniu podano liczbę mieszkańców (596), ale nie wskazano, czy planowane są wydarzenia, np. remonty, czy likwidacja oddziałów, które mogą na tę liczbę wpływać.

Należy przy tym stwierdzić, że nie jest właściwa argumentacja zamawiającego, w myśl której wykonawca powinien pewne rzeczy sam wiedzieć, bo np. w takich budynkach, jakie zajmuje zamawiający muszą być windy, a wysokość temperatury wynika z systemu HACCP określonego przepisami ogólnie obowiązującego rozporządzenia. Nie jest rolą wykonawcy domyślać się, co jest przedmiotem zamówienia, w tym również w jaki konkretny i szczegółowy sposób zamawiający oczekuje wykonania usługi. To zamawiający ma tak opisać przedmiot zamówienia, żeby zawierał on wszystkie niezbędne informacje, zwłaszcza gdy w określonej przez siebie procedurze nie przewiduje udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców (brak na ten temat informacji w ogłoszeniu). Wykonawca nie może też domyślać się, że jeśli jakaś czynność nie została opisana, to zamawiający nie obciąża jej wykonaniem wykonawcy. Istnieje bowiem możliwość, że zamawiający nie opisał tej czynności przez omyłkę i dla należytej realizacji przedmiotu zamówienia w interesie obu stron przyszłej umowy leży ustalenie wzajemnych obowiązków, w tym wypadku - np. w zakresie dystrybucji posiłków do pacjentów, czy sprzątnięcia kuchenek oddziałowych. Przedmiot zamówienia nie może być więc opisany w taki sposób, który zmusza wykonawcę do domniemywania jego zakresu lub sposobu wykonania, a co za tym idzie – do kalkulowania ceny oferty w sposób obciążony ryzykiem błędu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie jest też dziwne, że zastrzeżeń do opisu przedmiotu zamówienia nie ma przystępujący, skoro świadczy dla zamawiającego ww. usługę już od 8 lat. Niemniej jednak obowiązkiem zamawiającego jest opisanie zamawianej usługi w taki sposób, aby realny dostęp do zamówienia, w tym poprzez możliwość należytego skalkulowania ceny oferty, mieli także inni, poza przystępującym, wykonawcy na rynku.

Nie można też zgodzić się z argumentacją zamawiającego wskazującą na poprzednio prowadzone postępowania wszczęte we wrześniu 2018 r. i w maju 2019 r., w których odwołujący również zadawał te same pytania i nie brał udziału w wizjach lokalnych. Po pierwsze, odwołujący nie ma obowiązku domyślać się, że poprzednio udzielone odpowiedzi są w całości aktualne (abstrahując od tego, że zdaniem odwołującego, odpowiedzi te nie były wystarczająco precyzyjne), po drugie, okoliczności zaistniałe w poprzednich postępowaniach nie zwalniają zamawiającego z obowiązku prowadzenia kolejnych postępowań zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przepisy te (art. 138o ust. 2 i 3 ustawy Pzp) wyraźnie zaś stanowią, że opis przedmiotu zamówienia ma zawierać informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, a zamawiający ma udzielać zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący. Jak wskazano już wyżej, zachowanie odwołującego w poprzednich postępowaniach nie zwalnia zamawiającego z obowiązku m.in. opisania przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 138o ustawy Pzp.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że zamawiający wyznaczył niezwykle krótki, bo zaledwie 3-dniowy termin składania ofert i nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu procedury udzielania odpowiedzi na pytania. Gdyby termin ten od początku był dłuższy lub gdyby został wydłużony, a zamawiający odpowiadałby wyczerpująco na pytania dotyczące ogłoszenia, wniesienie odwołania przez odwołującego być może w ogóle nie byłoby potrzebne.

Reasumując, opis przedmiotu zamówienia nie zawierał szeregu informacji niezbędnych lub choćby przydatnych do tego, aby wykonawca mógł rzetelnie skalkulować cenę swojej oferty i złożyć ją w warunkach konkurencyjnych. Nie jest bowiem wystarczające, aby wykonawca mógł złożyć jakąkolwiek ofertę, ale by mógł ją - w oparciu o informacje pochodzące od zamawiającego - przygotować na tyle rzetelnie, by móc realnie konkurować z innymi wykonawcami, zwłaszcza zaś takimi, którzy ze względu na wieloletnie doświadczenie współpracy z tym samym zamawiającym, mogą posiadać wiedzę w zakresie nieudostępnionym w ogłoszeniu. Izba stwierdziła zatem, że zamawiający naruszył art. 138o ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie zawierając w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich niezbędnych informacji, a w konsekwencji - opisując go w sposób nieprzejrzysty i dyskryminujący.

Zwrócić należy także uwagę na wysoce naganne zachowanie zamawiającego, jakim było zawarcie umowy z przystępującym 5 dni po tym, gdy odwołujący wniósł niniejsze odwołanie. Zgodnie z art. 182 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający może przedłużyć termin składania ofert lub termin składania wniosków. Zgodnie zaś z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert, a dodatkowo zawarł umowę będąc świadomym wniesienia odwołania.

Nie można uznać za zasadne argumentów zamawiającego wskazujących na fakt, że w dniu 6 listopada 2019 r. upływał termin obowiązywania dotychczasowej umowy zawartej z przystępującym, dlatego w celu zapewnienia wyżywienia mieszkańcom zmuszony był zawrzeć nową umowę przed wydaniem przez Izbę orzeczenia. Po pierwsze, zgodnie z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a postanowienie w tym przedmiocie Izba wydaje w ciągu 5 dni. Odwołanie zostało wniesione w dniu 31 października 2019 r. o godz. 9.36, zatem gdyby zamawiający w tym samym dniu złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, to do 5 listopada 2019 r. uzyskałby informację o tym, czy Izba uchyliła, czy nie, zakaz zawarcia umowy. W przypadku uchylenia przez Izbę ww. zakazu, zamawiający mógłby zatem już 6 listopada

2019 r., zgodnie z prawem, zawrzeć nową umowę. Po drugie, nawet gdyby orzeczenie Izby w przedmiocie zakazu zawarcia umowy okazało się dla zamawiającego niekorzystne, to mógłby on na krótki okres potrzebny do zakończenia postępowania odwoławczego i ew. wykonania czynności przez Izbę nakazanych (biorąc pod uwagę szybkość czynności podejmowanych w niniejszym postępowaniu zamawiającemu wystarczyłoby 17 dni od 5 listopada 2019 r.) udzielić zamówienia o wartości poniżej 30.000 euro. Opierając się bowiem na szacunkowej wartości zamówienia za listopad 2018 r., która wyniosła 222.327,22 zł netto i przeliczając tę wartość na 17 dni, otrzymujemy kwotę 125.985,42 zł, co zgodnie z obowiązującym kursem euro (4,3117) daje wartość szacunkową 29.219,43 euro (art. 4 pkt 8 i art. 6a ustawy Pzp).

Zamawiający miał więc możliwość zapewnienia żywienia mieszkańców bez konieczności zawierania umowy z przystępującym przed wydaniem orzeczenia przez Izbę. Zawarcie ww. umowy nr 1/AM-CRO/2019/U z dnia 5 listopada 2019 r. stanowiło zatem naruszenie art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może:

2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

- a) unieważnić umowę; albo
- b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
- c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Izba postanowiła o skróceniu okresu obowiązywania umowy (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp), ponieważ uznała, że w niniejszej sprawie istotne jest zapewnienie wyżywienia niemal 600 mieszkańcom CRO, a co za tym idzie – zachowanie ich życia i zdrowia. Tym samym utrzymanie umowy w mocy (na skrócony okres) leży w ważnym interesie publicznym. Umowa została skrócona na okres do 16 grudnia 2019 r., co w ocenie Izby, jest czasem wystarczającym do tego, aby zamawiający jeszcze raz udzielił zamówienia na świadczenie usług gastronomicznych, tym razem zgodnie z art. 138o ustawy Pzp zarówno w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak i pozostałych czynności (np. terminu składania ofert).

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący