

Sygn. akt: KIO 1219/22

WYROK

z dnia 26 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2022 r. przez wykonawcę **Fudeko S.A. w Gdyni**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańska - Dom Pomocy Społecznej Orunia w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Catermed sp. z o.o. w Łodzi**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i 3 odwołania,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fudeko S.A. w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Fudeko S. A. w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Uzasadnienie

Gmina Miasta Gdańska - Dom Pomocy Społecznej Orunia w Gdańsku, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej Orunia w Gdańsku ul. Starogardzka 20.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 kwietnia 2022 r., nr 2022/BZP 00115167/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 4 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Fudeko S. A. w Gdyni, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania przetargowego, pomimo tego, że nie było ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 274 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawców do złożenia podmiotowego środka dowodowego – „wykazu osób” w trybie art. 274 ust. 2 Pzp, pomimo tego, że było to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia; ewentualnie zaniechanie wezwania go do złożenia podmiotowego środka dowodowego – „wykazu osób” w trybie art. 274 ust. 2 Pzp, pomimo że było to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, a pozostałych wykonawców do złożenia oświadczenia w zakresie aktualności złożonych podmiotowych środków dowodowych;
- 3) art. 255 pkt 3 Pzp poprzez błędne uznanie, że jego oferta zawierająca najniższą cenę przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i uznanie, że stanowi to samodzielną przesłankę do unieważnienia postępowania przetargowego, pomimo tego, że kwota zaproponowana przez niego nie przekracza wartości, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania przetargowego;
- 2) wezwania wszystkich wykonawców do złożenia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób, w trybie art. 274 ust. 2 Pzp w celu usunięcia wady postępowania i

umożliwienia zamawiającemu dokonania oceny ofert wykonawców w kryterium: doświadczenie szefa kuchni; ewentualnie o wezwanie go do złożenia podmiotowego środka dowodowego – „wykazu osób” w trybie art. 274 ust. 2 Pzp, a pozostałych wykonawców do złożenia oświadczenia w zakresie aktualności złożonych podmiotowych środków dowodowych;

3) dokonania dalszego badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w SWZ określił następujące kryteria oceny ofert:

- a) cena – 80%,
- b) ocena jadłospisów dekadowych – 10 %,
- c) doświadczenie szefa kuchni – 10%.

Odwołujący wskazał, że podstawą przyznania punktów w kryterium doświadczenie szefa kuchni miała być liczba lat doświadczenia na stanowisku szefa kuchni w żywieniu zbiorowym o podobnym do zamówienia charakterze (maksymalnie zamawiający przyznawał za to kryterium 10 pkt). Jednocześnie zamawiający nie podał miejsca w formularzu oferty, gdzie należy wskazać wymagany okres doświadczenia ani nie wymagał od wykonawców składania żadnych innych dokumentów na potwierdzenie spełnienia powyższego kryterium.

Odwołujący argumentował, że zamawiający określając sposób liczenia punktów wskazał, że ilość punktów w powyższym kryterium zostanie ustalona na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w Wykazie osób. Jednocześnie zamawiający określił, że wykaz osób stanowi podmiotowy środek dowodowy, do którego złożenia zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, tegoż środka dowodowego. Powyższe zamawiający potwierdził również w wyjaśnieniach z dnia 20 kwietnia 2022 r., w których wskazał, że *potwierdza, że wykaz dostaw oraz wykaz osób są dokumentami składanymi na wezwanie. Wykonawca, składając ofertę, składa w tym zakresie oświadczenie potwierdzające, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Odwołujący podniósł, że postępowaniu złożono 4 oferty:

- 1) IMPEL Catering sp. z o. o. z ceną zawartą w ofercie w wysokości 3.589.646,55 zł;
- 2) Handel Hurtowy Art. Rolno – Spożywczy „APENA” z ceną zawartą w ofercie w wysokości 2.532.631,50 zł;
- 3) Catermed sp. z o. o. z ceną zawartą w ofercie w wysokości 2.500.506,15 zł;
- 4) Fudeko S. A. z ceną zawartą w ofercie w wysokości 2.365.506,00 zł.

Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 2.400.000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że trzech wykonawców dołączyło do oferty wypełniony załącznik nr 5 – wykaz osób, stanowiący podmiotowy środek dowodowy, składany na wezwanie zamawiającego. Odwołujący wskazał także, że 29 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący podniósł, że przepisy art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wskazują na obowiązek wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Argumentował, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują również „samozłożenia”, „samopoprawienia” ani samouzupelnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zdaniem odwołującego oznacza to, że zamawiający nie mógł dokonać oceny spełnienia przez pozostałych wykonawców kryterium doświadczenie szefa kuchni z uwagi na fakt, że wykaz osób, na podstawie którego zamawiający mógłby tej oceny dokonać, został przez wykonawców złożony bez uprzedniego wezwania.

Odwołujący podniósł, że nie polega na prawdzie twierdzenie zamawiającego, jakoby unieważnienie postępowania było zasadne, ponieważ jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą. Odwołujący wskazał, że zasadą jest, że do złożenia podmiotowych środków dowodowych zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (art. 274 ust. 1 Pzp). Jednakże zgodnie z art. 274 ust. 2 Pzp, *jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia.*

Odwołujący argumentował, że dyspozycja art. 274 ust. 2 Pzp stanowi więc wyjątek od zasady określonej w art. 274 ust. 1 Pzp, daje bowiem zamawiającemu możliwość żądania podmiotowych środków dowodowych (wedle potrzeb) na każdym etapie postępowania, jeżeli ich ocena w danym momencie postępowania jest niezbędna dla prawidłowego dalszego jego przebiegu. Zdaniem odwołującego, na gruncie niniejszego postępowania zachodzą obiektywne okoliczności uzasadniające wezwanie wszystkich wykonawców do złożenia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w trybie art. 274 ust. 2 Pzp, ewentualnie wezwanie go do złożenia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób w trybie art. 274 ust. 2 Pzp, natomiast pozostałych wykonawców, do złożenia oświadczenia w zakresie aktualności złożonych podmiotowych środków dowodowych. Powyższe stanowić będzie sanację popełnionych przez zamawiającego nieprawidłowości, bowiem umożliwi mu to dokonanie oceny ofert i przyznania każdemu z wykonawców odpowiedniej ilości punktów w kryterium doświadczenie szefa kuchni. Po przyznaniu wszystkim wykonawcom odpowiedniej

ilości punktów – zamawiający będzie miał możliwość wyłonienia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i wezwania tego wykonawcy do złożenia pozostałych wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zdaniem odwołującego wada postępowania, polegająca na braku możliwości wykazania przez wykonawców doświadczenia szefa kuchni na etapie składania oferty nie była niemożliwa do usunięcia, ponieważ zamawiający miał możliwość skorzystania z uprawnienia do wezwania wykonawców do złożenia podmiotowych środków w trybie art. 274 ust. 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego, nie polega również na prawdzie twierdzenie zamawiającego jakoby kwoty zaproponowane przez wykonawców przekraczają wartość, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na zamówienie, co stanowi dodatkową, samodzielną przesłankę unieważnienia. Zamawiający wskazał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 2.400.000,00 zł, natomiast cena zaoferowana przez niego wynosi 2.365.506,00 zł. Tym samym odwołujący stwierdził, że kwota realizacji usługi zaoferowana przez niego jest o 35.494,00 zł niższa niż kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem odwołującego, na gruncie niniejszego postępowania nie zaszyły przesłanki do jego unieważnienia, zarówno na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, jak i art. 255 pkt 3 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i nr 3 odwołania. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie Catermed sp. z o.o. w Łodzi. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 2 odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), oferty wykonawców, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, jak również biorąc pod uwagę dokumenty złożone przez strony i uczestnika w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Przepis art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp stanowi, że *niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Art. 457 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;*
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;*
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;*
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;*
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.*

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

- 1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;*

- 2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 264 ust. 1 lub art. 308 ust. 2 lub art. 421 ust. 1.
3. Unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b.
4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575, 1578 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 11).
5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

Art. 70⁵ § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Art. 274 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.
2. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej Orunia w Gdańsku ul. Starogardzka 20.

Ustalono ponadto, że zgodnie z rozdziałem VI SWZ:

1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ.

2. *Informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 1 stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*
3. *Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.*
4. *Podmiotowe środki dowodowe, wymagane od Wykonawcy obejmują:*
 - a. (...)
 - b. *Wykaz osób biorących udział w realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także informacji o podstawie dysponowania tymi osobami – załącznik nr 5 do SWZ.*
6. *Zamawiający najpierw dokona oceny ofert wg przyjętych kryteriów oceny, a następnie zbada czy Wykonawca, którego została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Ustalono również, że zgodnie z rozdziałem X SWZ:

3. *Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:*
 - 1) *oświadczenia, o których mowa w SWZ;*
 - 2) *zobowiązanie innego podmiotu (jeżeli dotyczy);*
 - 3) *dowód wniesienia wadium;*
 - 4) *dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy).*

Ustalono ponadto, że zgodnie z rozdziałem XV SWZ:

1. *Wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany według następujących kryteriów:*

- 1) *całkowita cena brutto oferty – waga 80%*

(...)

Maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać oferta w ww. kryterium – 80 pkt

- 2) *doświadczenie szefa kuchni - waga 10%*

Sposób obliczania punktacji:

Dbad.of.

D= -----x100x10%

D max.

D – ilość punktów oferty badanej

Dmax.- max. punktowane doświadczenie

D of.bad.- doświadczenie oferty badanej

100 - stały wskaźnik

Maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać oferta w ww. kryterium – 10 pkt

Uwaga:

maksymalny punktowany okres doświadczenia szefa kuchni wynosi 10 lat na stanowisku kucharza/szefa kuchni w żywieniu zbiorowym o podobnym do zamówienia charakterze (żywienie całodobowe w trybie ciągłym przez 7 dni w tygodniu z uwzględnieniem różnych diet).

Ilość punktów w powyższym kryterium zostanie ustalona na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Wykazie osób.

3) ocena jadłospisów dekadowych – waga 10%

(...)

Ustalono również, że we wzorze formularza ofertowego zamawiający nie wymagał złożenia oświadczenia na temat doświadczenia zawodowego szefa kuchni.

Ustalono również, że w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ: *Prosimy o potwierdzenie, że wykaz dostaw oraz wykaz osób są dokumentami składanymi na wezwanie Zamawiającego*

zamawiający 20 kwietnia 2022 r. udzielił odpowiedzi: *Zamawiający potwierdza, że wykaz dostaw oraz wykaz osób są dokumentami składanymi na wezwanie. Wykonawca, składając ofertę, składa w tym zakresie oświadczenie potwierdzające, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) IMPEL Catering sp. z o. o. z ceną zawartą w ofercie w wysokości 3.589.646,55 zł;
- 2) Handel Hurtowy Art. Rolno – Spożywczyymi „APENA” z ceną zawartą w ofercie w wysokości 2.562.631,50 zł;
- 3) Catermed sp. z o. o. z ceną zawartą w ofercie w wysokości 2.500.506,15 zł;
- 4) Fudeko S. A. z ceną zawartą w ofercie w wysokości 2.365.506,00 zł.

Ustalono również, że wykonawcy IMPEL Catering sp. z o. o., Handel Hurtowy Art. Rolno – Spożywczyymi „APENA” oraz Catermed sp. z o. o. załączyli do swych ofert wykazy osób ujawniając doświadczenie szefa kuchni. Odwołujący nie załączył do swej oferty wykazu osób.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 29 kwietnia 2022 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia zamawiający wskazał, że *Zamawiający w SWZ określił kryteria oceny ofert: cena 80%, ocena jadłospisów dekadowych 10 %, doświadczenie szefa kuchni 10%. Podstawą przyznania punktów w kryterium "doświadczenie szefa kuchni" miała być liczba lat doświadczenia na stanowisku szefa kuchni w żywieniu zbiorowym o podobnym do zamówienia charakterze (maksymalnie Zamawiający przyznawał za to kryterium 10 pkt). Zamawiający nie podał konkretnie miejsca w Formularzu oferty, gdzie należy wskazać wymagany okres doświadczenia. Zamawiający, określając sposób liczenia punktów wskazał, że ilość punktów w powyższym kryterium zostanie ustalona na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Wykazie osób. Jednocześnie określił, że Wykaz osób stanowi podmiotowy środek dowodowy, a Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, tegoż środka dowodowego.*

Złożono 4 oferty. Trzech Wykonawców wpisało doświadczenie szefa kuchni, dołączając w tym zakresie osobną informację, natomiast jeden Wykonawca nie podał tych danych. Wykonawca ten automatycznie uzyskałby 10 pkt mniej, co wpływałoby na rozstrzygnięcie postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 6 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – dalej p.z.p. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taki wniosek płynie z tezy orzeczenia KIO z 17.10.2017 r. (sygn. akt KIO 2055/17), w którym wskazano, że "Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) koniecznym jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek, do których należy ustalenie, iż: 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie - wada postępowania, 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady, a brakiem możliwości zawarcia umowy. Przy czym należy tu brać pod uwagę zarówno wady postępowania stypizowane w art. 146 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jak i wady postępowania polegające na dokonaniu przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a więc mieszczące się w klauzuli art. 146 ust. 6

omawianej ustawy. Zamawiający, aby uzasadnić skorzystanie z tego instrumentu, zwłaszcza przy powołaniu się na przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, winien wykazać, że postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji zauważonych przez zamawiającego nieprawidłowości. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem" (Numer 1705424, Legalis).

Co prawda wskazane orzeczenie dotyczy poprzedniej ustawy, jednak przepis o unieważnieniu postępowania z uwagi na wadę, jest taki sam w p.z.p. jak w poprzedniej ustawie, stąd orzeczenia do tego przepisu należy uznać za aktualne.

Błąd w formularzu, który uniemożliwia ocenę ofert wszystkich Wykonawców, w ocenie Zamawiającego jest przesłanką do unieważnienia postępowania, kiedy już wpłynęły oferty i na tym etapie Zamawiający dopiero stwierdził, że formularz jest niejednoznaczny, co spowodowało, że Wykonawcy nie wskazali danych potrzebnych do oceny ofert. Jednocześnie, Zamawiający nie mógł wezwać Wykonawcy do uzupełnienia braku, jako, że brak danych nie wynikał z oczywistej omyłki rachunkowej, a nie zachodziły podstawy do wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych (nie było możliwości wskazania oferty z najwyższą liczbą punktów, wobec niemożności jej właściwego obliczenia). Co więcej, wezwanie Wykonawcy do wskazania doświadczenia szefa kuchni na tym etapie postępowania mogłoby zostać uznane za niedopuszczalne negocjacje.

Wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w swoich orzeczeniach wskazywała, że nieprecyzyjne lub nieściśle zapisy SIWZ (aktualnie SWZ), i błędy Wykonawców, spowodowane tymi nieprecyzyjnymi i nieściśle zapisami, nie mogą negatywnie wpływać na ocenę Wykonawców (np. wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., KIO 2260/13, wyrok z dnia 11 sierpnia 2014 r., KIO 1557/14). Podobnie orzekały Sądy Okręgowe. Dla przykładu w wyroku z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15, Sąd Okręgowy w Nowym Sączu wskazał, że "... zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji (wyrok KIO z 20.02.2009 r., KIO/UZP 148/08, wyrok ZA UZP z 31.03.2006 r., UZP/ZO/O – 896, wyrok KIO z 28.01.2009 r., KIO/UZP 67/09, Komentarz do ustawy P.z.p. – Stefan Babiarz i inni wyd. LexisNexis Wydanie 2 Wielkie Komentarze str. 294 – 295)".

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że unieważnienie postępowania jest zasadne. Wskazać także należy, że kwoty zaproponowane przez Wykonawców przekraczają wartość, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zamówienie, co stanowi dodatkową, samodzielną przesłankę unieważnienia. Z tych względów, Zamawiający postanawia jak na wstępie.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia:

- 1) art. 255 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania przetargowego, pomimo tego, że nie było ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut nr 1 odwołania),
- 2) art. 255 pkt 3 Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta odwołującego zawierająca najniższą cenę przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i uznanie, że stanowi to samodzielną przesłankę do unieważnienia postępowania przetargowego, pomimo tego, że kwota zaproponowana przez odwołującego nie przekracza wartości, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (zarzut nr 3 odwołania).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni ww. zarzuty odwołania, zaś do postępowania odwoławczego w zakresie tych zarzutów nie przystąpił po stronie zamawiającego żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutów, podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.* Stosownie do art. 568 pkt 3

ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.* W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji, odnośnie umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie omawianych zarzutów odwołania.

Niezasadny okazał się zarzut naruszenia art. 274 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawców do złożenia podmiotowego środka dowodowego – „wykazu osób” w trybie art. 274 ust. 2 Pzp, pomimo tego, że było to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia; ewentualnie zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia podmiotowego środka dowodowego – „wykazu osób” w trybie art. 274 ust. 2 Pzp, pomimo że było to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, a pozostałych wykonawców do złożenia oświadczenia w zakresie aktualności złożonych podmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 2 odwołania).

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający opisując kryterium oceny ofert „doświadczenie szefa kuchni” wskazał, że ocena ofert w tym kryterium zostanie dokonana na podstawie informacji podanych przez wykonawców w wykazie osób. Z kolei zaś wykaz osób, zgodnie z postanowieniami SWZ, miał być składany przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie zamawiającego. Zamawiający nie zażądał więc od wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu osób ani oświadczenia o doświadczeniu zawodowym szefa kuchni. Co więcej, zamawiający przed upływem terminu składania ofert, odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców dotyczące treści SWZ potwierdził wprost, że wykonawcy będą mieli obowiązek złożyć wykaz osób dopiero na wezwanie zamawiającego.

Problem polegał jednak na tym, że bez wykazu osób i zawartych tam informacji o doświadczeniu szefa kuchni nie można było przyznać oferentom punktów w omawianym kryterium oceny ofert. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw do ustalenia, która oferta jest ofertą najwyżej ocenioną w rozumieniu art. 274 ust. 1 Pzp. Nie można było zatem skorzystać z wezwania w tym trybie. Dodatkowo z wezwania w trybie art. 274 ust. 1 i ust. 2 Pzp nie można było skorzystać również z tego powodu, że zezwolenie wykonawcom na uzupełnianie oświadczeń o doświadczeniu szefa kuchni, będących podstawą oceny ofert, po terminie składania ofert naruszałoby przepis art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp. W myśl ww. przepisu, *niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Sytuacja, w której wykonawcy znający warunki konkurencyjnych ofert składaliby oświadczenia, umożliwiające im zmianę w rankingu ofert,

stanowiłaby negocjowanie treści ofert po upływie terminu ich składania, zabronione w myśl art. 223 ust. 1 Pzp. Co więcej, działanie takie naruszałoby również naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę zachowania uczciwej konkurencji, wynikającą z art. 16 pkt 1 Pzp. W analizowanej sprawie odwołujący, który nie złożył wykazu osób wraz z ofertą, znając treść wykazu osób innych wykonawców, bez uzasadnionych powodów znalazłby się w lepszej sytuacji niż pozostali wykonawcy. Z kolei pozostali wykonawcy, składając oświadczenia o aktualności / nieaktualności informacji z wykazów osób złożonych wraz z ofertami, czyniliby to w warunkach znajomości warunków konkurencyjnych ofert. W orzecznictwie Izby podkreśla się jednolicie, że niedopuszczalne jest uzupełnianie przez wykonawców dokumentów lub oświadczeń podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert po terminie składania ofert.

Z drugiej jednak strony nie można było czynić odwołującemu zarzutu, że przez swe zaniedbanie nie złożył wykazu osób wraz z ofertą. Takie działanie odwołującego okazało się bowiem wprost zgodne z wszystkimi postanowieniami SWZ, a także z odpowiedziami na pytania odwołującego dotyczącymi treści SWZ. We wszystkich tych postanowieniach zamawiający konsekwentnie przewidział, że ocena ofert w kryterium oceny ofert „doświadczenie szefa kuchni” zostanie dokonana na podstawie informacji z wykazu osób. Zamawiający jednocześnie przesądził, że wykaz ten będzie składany dopiero po terminie składania ofert, na wezwanie zamawiającego. Zamawiający nie nałożył także na wykonawców jakiegokolwiek obowiązku złożenia informacji o doświadczeniu zawodowym szefa kuchni wraz z ofertą. Co więcej, zapytany przez odwołującego o potwierdzenie etapu składania wykazu powtórzył zapisy z SWZ, utwierdzając wykonawcę w przekonaniu o braku konieczności składania tego dokumentu wraz z ofertą. Wykonawca, zgodnie z SWZ, miał zatem prawo oczekiwać na wezwanie go do złożenia wykazu osób.

W tej sytuacji nie sposób było przypisać odwołującemu naruszenia jakichś reguł należytego postępowania, jak utrzymywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Wykonawca miał prawo działać w zaufaniu do dokumentów zamówienia sporządzonych przez gospodarza postępowania, jakim był zamawiający. W tej sytuacji nie ulegało wątpliwości Izby, że za taki stan rzeczy, w którym rozstrzygnięcie postępowania nie jest możliwe bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, odpowiada wyłącznie zamawiający, jako autor specyfikacji warunków zamówienia. Powyższe zaś prowadzić powinno do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z 457 ust. 5 Pzp w zw. z 70⁵ § 1 Kc.

Zdaniem Izby jednym sposobem rozwiązania zaistniałego problemu było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej*

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały otwarte, a zamawiający stwierdza niezgodność treści dokumentów zamówienia z naczelną zasadą równego traktowania wykonawców, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby usunąć stan niezgodności z prawem, jest unieważnienie postępowania, nie jest już bowiem możliwe nakazanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałyby wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Art. 70⁵ § 1 Kc stanowi, że *organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.* W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie sposobu oceny ofert, prowadzące do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania. Analogiczne stanowisko co do skutków zbliżonej wady postępowania zaprezentowano w wyroku Izby z dnia 2 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 2939/21, utrzymanym w mocy na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Sądu Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 139/21.

Reasumując zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, zamawiający nie miał obowiązku ani prawa wezwać odwołującego do złożenia wykazu osób (innych wykonawców do złożenia oświadczenia o aktualności wykazów osób) w celu usunięcia wady postępowania i umożliwienia dokonania oceny ofert wykonawców w kryterium: doświadczenie szefa kuchni, o co wnosił odwołujący. Pomimo takiego wezwania postępowanie w dalszym ciągu obarczone byłoby niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego, zarzut nr 2 odwołania należało uznać za bezzasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio

umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.*

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: