

**WYROK**  
**z dnia 20 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2014 r. przez wykonawcę **DO & CO Poland sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **T. K.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **T. K., KAR- TES w Warszawie**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę T. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą T. K., KAR- TES w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności treści złożonej przez nią oferty z postanowieniem rozdziału IX pkt 3 lit. b SIWZ,**
2. **kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze w Warszawie i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DO & CO Poland sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. **zasądza od Przedsiębiorstwa Państwowego Porty Lotnicze w Warszawie na rzecz wykonawcy DO & CO Poland sp. z o.o. w Warszawie kwotę 15.000 zł 00**

**gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „catering w latach 2015-2016”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2014 r. Nr 2014/S 176-311834.

W dniu 29 października 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę DO & CO Poland sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę T. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą T. K., KAR-TES w Warszawie, zwaną dalej „przystępującym”.

W dniu 6 listopada 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechania czynności wyłączenia z postępowania 2 członków komisji przetargowej oraz osoby, której kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla niego czynności,
- 4) czynności oceny ofert w zakresie kryterium jakościowego opisanego w SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie do udziału w postępowaniu, a następnie uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez przystępującego, w sytuacji gdy złożona przez niego oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), tj. nie spełniała warunku określonego w pkt 3 b SIWZ - nie zawierała części identyfikacyjnej przygotowanej w postaci zamkniętej koperty zawierającej kartę identyfikacyjną sporządzoną według wskazanych zasad, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp);
- 2) przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę podmiotu, który świadczył dotychczas na rzecz zamawiającego usługi objęte przedmiotowym postępowaniem i która to oferta nie spełniała ww. warunków SIWZ i powinna ulec odrzuceniu;

- 3) przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez udział w pracach komisji przetargowej pani E. M., która to osoba udzieliła w dniu 11 czerwca 2012 roku pozytywnej referencji przystępującemu, którego to oferta została uznana za najkorzystniejszą, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, jak również świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający bezstronności i obiektywizmu osób go przeprowadzających, tj. osób które pozostawały w takim stosunku faktycznym z wykonawcą, który może budzić zastrzeżenia co do ich bezstronności;
- 4) przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez udział w przeprowadzeniu przetargu pana A. H. - osoby której zamawiający powierzył w dniu 15 września 2014 roku pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla siebie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a która to osoba udzieliła w dniu 24 września 2014 roku pozytywnej referencji przystępującemu, którego to oferta została uznana za najkorzystniejszą, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, jak również świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający bezstronności i obiektywizmu osób go przeprowadzających, tj. osób które pozostawały w takim stosunku faktycznym z wykonawcą, który może budzić zastrzeżenia co do ich bezstronności;
- 5) przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez udział w przygotowaniu postępowania pani G. G., która to osoba do dnia 30 czerwca 2010 roku była pracownikiem odwołującego i która to osoba brała udział w organizowanym przez zamawiającego w 2012 roku postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 23/PO/ZP/AZU/12 prowadzonym pod nazwą „Dostawa cateringu dla salonów VIP/IP oraz Executive Lounge na lata 2012 - 2014”, w toku którego postępowania złożyła nieprawdziwe oświadczenie o niepozostawaniu z odwołującym się w stosunku pracy w okresie ostatnich 3 lat, w związku z czym zostało złożone zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez ww. osobę;
- 6) przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę podmiotu, który świadczył dotychczas na rzecz zamawiającego usługi objęte przedmiotowym postępowaniem i która to oferta była ofertą gorszą w stosunku do oferty odwołującego w zakresie kryterium jakości ustalonego przez zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne;

ewentualnie

2) powtórzenia czynności, w zakresie których zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp

oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego kosztów postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w toku otwierania ofert i rozpoczęcia procedury „oceniającej” okazało się, że oferta złożona przez przystępującego nie zawiera w odrębnej zamkniętej kopercie tzw. części identyfikacyjnej sporządzonej według wzoru - załącznika nr 3 do SIWZ. Zgodnie z treścią rozdziału IX pkt 3 b) SIWZ część identyfikacyjną należało przygotować w postaci zamkniętej koperty zawierającej kartę identyfikacyjną wykonawcy sporządzoną według wzoru załącznika nr 3 do SIWZ. Karta identyfikacyjna służyć miała do oceny przez członków komisji próbek produktów, o których mowa w punkcie f) i g) SIWZ w ramach kryterium „jakość”. Karta ta miała zawierać 5 znaków: 3 cyfry i 2 wielkie litery lub małe litery. Ustawienie znaków w numerze identyfikacyjnym mogło być dowolne. Próbkę produktów, jak również pojemniki w których się znajdowały oraz ich opakowania powinny zawierać przedmiotowy numer. Karta identyfikacyjna powinna być podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy składającego ofertę. Brak karty identyfikacyjnej sporządzonej w odrębnej kopercie świadczy o naruszeniu warunków SIWZ co z kolei powinno spowodować zastosowanie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W efekcie członkowie komisji dokonując oceny złożonych ofert w zakresie kryterium „jakość” i dokonując degustacji przedstawionych próbek posiadali wiedzę i byli świadomi faktu, które z przedstawionych produktów zostały przygotowane przez przystępującego.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania wyłączenia z postępowania niektórych osób wykonujących po stronie zamawiającego czynności w postępowaniu odwołujący podniósł, że referencje potwierdzające spełnienie przez przystępującego warunków do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zostały udzielone w imieniu zamawiającego:

a) w dniu 11 czerwca 2012 roku przez panią E. M., pracownika zamawiającego i jednocześnie członka komisji przetargowej, która dokonywała oceny złożonych produktów w zakresie kryterium „jakość”, a które to referencje jednoznacznie stwierdzają, że wykonywane przez przystępującego usługi spełniają oczekiwania zamawiającego w zakresie dostaw cateringu i są one bardzo wysokiej jakości;

b) w dniu 24 września 2014 roku przez pana A. H. - osoby której kierownik zamawiającego powierzył w dniu 15 września 2014 roku pisemnie wykonywanie

zastrzeżonych dla siebie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które to referencje jednoznacznie stwierdzają, że wykonywane przez przystępującego usługi spełniają oczekiwania zamawiającego w zakresie dostaw cateringu i są one bardzo wysokiej jakości.

Ponadto odwołujący argumentował, że w przygotowaniu postępowania oraz przez ograniczony okres czasu w pracach komisji przetargowej uczestniczyła pani G. G., tj. osoba, która do dnia 30 czerwca 2010 roku była pracownikiem odwołującego i która to osoba brała udział w organizowanym przez zamawiającego w 2012 roku postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 23/PO/ZP/AZU/12 prowadzonym pod nazwą „Dostawa cateringu dla salonów VIP/IP oraz Executive Lounge na lata 2012 – 2014”, w toku którego postępowania złożyła ona nieprawdziwe oświadczenie o niepozostawaniu z odwołującym w stosunku pracy w okresie ostatnich 3 lat, w związku z czym zostało złożone zawiadomienie o popełnieniu przez nią przestępstwa.

Zdaniem odwołującego, przedstawione powyżej okoliczności wskazują, iż:

- 1) udział pani E. M. w pracach komisji przetargowej i dokonanie przez nią oceny ofert w zakresie kryterium „jakość”;
- 2) kierowanie i nadzór nad postępowaniem przez Pana A. H.

nie mogą zostać uznane za obiektywne, jak również budzą uzasadnione podejrzenia co do ich bezstronności. Dodatkowo sam udział w postępowaniu pani G. G., która złożyła niezgodne z prawdą oświadczenie o niepozostawaniu w stosunku pracy z wykonawcą i w stosunku do której toczy się postępowanie karne świadczy o tym, iż oferenci nie byli równo traktowani. Jedną z gwarancji uczciwej konkurencji jest obowiązek wykluczenia z postępowania osób wobec których istnieją uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności. W przedmiotowym postępowaniu w stosunku do biorących udział w postępowaniu osób (łącznie 7 osób) te wątpliwości dotyczą trójki z nich.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oceny ofert w kryterium „jakość” odwołujący argumentował, iż przystępujący, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą dotychczas świadczył na rzecz zamawiającego usługi objęte przedmiotem przetargu w latach 2011 - 2014. Zgodnie z dokumentacją postępowania, jest to jego główne doświadczenie w zakresie realizacji tego typu zamówień. Dodatkowo, w dniu 24 września 2014 roku, czyli już po dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoba kierująca postępowaniem w imieniu zamawiającego (pan A. H.) udzieliła przystępującemu pozytywnych referencji, które następnie zostały przez niego wykorzystane w przedmiotowym postępowaniu. W opinii odwołującego oferta złożona przez niego była ofertą lepszą. Zestawy próbek produktów były bardzo dobrej jakości i zostały zaprezentowane w odpowiedniej formie wymaganej warunkami SIWZ.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, zgłosiła przystąpienie T. K., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą T. K., KAR-TES w Warszawie. Wniosła o oddalenie odwołania oraz przedstawiła w zgłoszeniu przystąpienia uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, protokół postępowania wraz z załącznikami, w tym m.in. karty indywidualnej oceny ofert, streszczenie oceny i porównania ofert, oświadczenia osób wykonujących czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego w sprawie przesłanek z art. 17 ustawy Pzp, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, zawiadomienie zamawiającego z 29 października 2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie wraz z załącznikami, w tym: świadectwo pracy G. G. z 30.06.2010 r., dokumenty referencyjne wystawione przez zamawiającego na rzecz przystępującego z 11.06.2012 r. i 24 września 2014 r., zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, zeznania świadków: A. U., W. W., B. M., W. S., M. S., A. F., E. M., A. Ma\., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (protokół postępowania).

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na pozycji 2, za ofertą wybraną. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

(zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie). Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

## 1.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, której treść była niezgodna z treścią SIWZ wynikającą z rozdziału IX pkt 3b SIWZ.

Ustalono, że wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą próbki następujących produktów:

- a) taca wędlin 5 rodzajów,
- b) taca serów 5 rodzajów,
- c) zupy krem,
- d) przekąski zimne,
- e) przekąski gorące – quiche,
- f) sałatki sezonowe z sosem,
- g) przekąski gorące (skrzydełka, mini szaszłyki, sery panierowane),
- h) desery,
- i) ciastka w papilotach.

(rozdział IX ppkt 3 f SIWZ).

Próbki te miały być oceniane przez poszczególnych członków komisji w ramach kryterium jakościowego o wadze 50% pod względem smaku, zapachu, wyglądu, sposobu i estetyki podania potraw (rozdział XVIII pkt 2.2. SIWZ).

Próbki składane przez wykonawców miały zostać zanonimizowane w sposób określony w SIWZ. Jak wynikało z Rozdziału IX ppkt 3f SIWZ, próbki produktów miały zostać dostarczone w zabezpieczonych pojemnikach. Pojemniki jak i opakowania próbek miały posiadać numer identyfikacyjny, który winien zostać podany w karcie identyfikacyjnej, o której mowa w Rozdziale IX pkt 3b SIWZ.

Z postanowienia Rozdziału IX ppkt 3b, do którego pkt 3f odsyłał wynikało, że część identyfikacyjna oferty miała być przygotowana w postaci zamkniętej koperty zawierającej kartę identyfikacyjną, sporządzoną według wzoru ściśle opisanego przez zamawiającego. Karta ta miała zawierać nazwę i adres wykonawcy i pięciodziesiętny numer identyfikacyjny. Numer ten miał zawierać 5 znaków; 3 cyfry (1, 2, 3, ...) i 2 litery wielkie (A, B, C, ...) lub 2 małe litery (a, b, c, ...). Karta identyfikacyjna miała zostać podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy lub pełnomocnika.



Zamawiający przewidział także, że ponieważ próbki produktów będą podlegać ocenie jakościowej, zatem nie dotyczyć ich będzie obowiązek wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający przesądził ponadto, że jeżeli wykonawca nie przedstawi wraz z ofertą próbek bądź przedstawione próbki nie będą odpowiadać treści SIWZ opisanych w rozdziale IX ppkt 3 f, zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy (rozdział IX ppkt 3g SIWZ).

Przystępujący nie zanonimizował swych próbek w sposób określony w SIWZ. Kod identyfikacyjny wprawdzie zamieścił na próbkach, jednakże część identyfikacyjną oferty zawierającą ten kod nie umieścił w zamkniętej kopercie, lecz w ofercie w części jawnej na przedostatniej stronie (okoliczność niesporna).

Część jawna oferty przystępującego została otwarta przez sekretarza komisji W. S. w trakcie publicznej czynności otwarcia ofert. W czynności otwarcia ofert ze strony zamawiającego brały również udział panie A. M. i M. S., członkowie komisji przetargowej. Po otwarciu oferty przystępującego pani A. M. kartkowała ofertę przystępującego, poszukując dodatkowej koperty z kodem, której nie znalazła (zeznania świadków A. M., B. M., W. W., A. U.).

Członkowie komisji po zakończeniu części jawnej otarcia ofert dokonali oceny jakościowej złożonych próbek. Dokonując tej oceny nie znali kodu identyfikacyjnego z oferty przystępującego (zeznania świadków A. M., W. S., E. M., M. S., A. F.).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego, jakoby postanowienia pkt 3b jak i 3f Rozdziału IX SIWZ miały jedynie charakter formalny. Cel przywołanych postanowień SIWZ był jednoznaczny. Zamawiający chciał w ten sposób zapewnić sobie możliwość oceny jakościowej złożonych próbek produktów w warunkach wyłączających możliwość powzięcia przez oceniających informacji o tym, czyje próbki oceniają. Oczekiwanie zamawiającego było o tyle istotne, że próbki produktów miały być oceniane w kryterium „jakość” pod względem tak ocennych i subiektywnych cech jak choćby smak czy zapach. O doniosłości tych postanowień świadczyła również sankcja odrzucenia oferty, jaką zastrzegł sam zamawiający na wypadek nieprzedstawienia próbek w postaci oczekiwanej w SIWZ (por. Rozdział IX ppkt 3g SIWZ).

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przystępujący nie zanonimizował swych próbek w sposób określony w SIWZ. Kod identyfikacyjny wprawdzie zamieścił na próbkach, jednakże część identyfikacyjną oferty zawierającą ten kod z danymi wykonawcy, wbrew wyraźnym wymogom SIWZ, nie przygotował w postaci zamkniętej koperty, lecz umieścił w ofercie, w

części jawnej. Na skutek powyższego zaistniała zatem co najmniej możliwość powzięcia przez oceniających wiadomości, że oceniana próbka należy do przystępującego. Oferta przystępującego zawierająca kod przed degustacją była bowiem otwarta, a nawet kartkowana przez panią A. M. – członka komisji przetargowej. W ocenie Izby w tej sytuacji bez znaczenia pozostawał fakt, że osoby oceniające próbki, pomimo możliwości, nie zapoznały się z kodem identyfikacyjnym przed dokonaniem degustacji, co wynikało z zeznań świadków – członków komisji. Jednakże niewątpliwie możliwość zapoznania się z kodem istniała, co samo przez się świadczy o tym, że dostarczone przez wykonawcę próbki nie spełniały warunków anonimowości narzuconych przez zamawiającego w SIWZ i jako takie nie powinny być przez niego oceniane.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego jakoby uchybienia przystępującego w obszarze anonimizacji próbek nie dotyczyły treści złożonej przez niego oferty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że próbki produktów, które są składane celem ich oceny w ramach kryterium jakościowego nie są traktowane jako tzw. dokumenty przedmiotowe w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Takie próbki traktowane jako treść oferty. Przedstawione stanowisko prezentowane jest zarówno w orzecznictwie Izby, jak i w piśmiennictwie. Przykładowo należy tu wskazać wyroki Izby z 18 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1320/13, z 9 lipca 2013 r. KIO 1496/13, z 8 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1807/13. W piśmiennictwie wskazuje się, że *„inaczej sytuacja wygląda, gdy próbka wymagana jest w celu dokonania na jej podstawie oceny złożonej oferty w ramach np. kryterium jakości, parametrów technicznych, funkcjonalności. W tym przypadku próbka stanowi element oferty i jej uzupełnienie prowadziłoby do niedopuszczalnej na gruncie Pzp zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert”* (por. Iwona Ziarniak, Treść oferty, Przetargi publiczne nr 10/2014, s. 55).

Dostrzeżenia wymagało również, że próbki były kwalifikowane jako „treść oferty” również przez samego zamawiającego w SIWZ. W Rozdziale IX ppkt 3 lit. g wyraźnie bowiem wskazano, że jeżeli próbki nie będą odpowiadać wymogom z ppkt f zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy bez wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tej sytuacji należało przyznać rację odwołującemu, że po stronie zamawiającego zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty przystępującego, gdyż jej treść (złożone próbki) nie odpowiadały treści SIWZ wynikającej z rozdziału IX ppkt 3f w zw. z rozdziałem IX 3b SIWZ. Zamawiający nie odrzucając oferty przystępującego ze wskazanych powodów naruszył zatem przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która podlegała odrzuceniu.

## 2.

Za chybione uznano zarzuty naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez udział w pracach komisji przetargowej pani E. M. oraz poprzez udział w przeprowadzeniu przetargu pana A. H. .

Ustalono, że pani E. M. dnia 11 czerwca 2012 r., działając w imieniu zamawiającego, udzieliła przystępującemu pozytywnych referencji odnośnie usług cateringu, jakie przystępujący w 2011 i 2012 r. świadczył na rzecz zamawiającego. Ustalono również, że 24 września 2014 r. pan A. H., działając w imieniu zamawiającego, udzielił pozytywnych referencji przystępującemu odnośnie usług cateringu, jakie przystępujący świadczył na rzecz zamawiającego w latach 2012 – 2014 r. (referencje, załączniki do odwołania).

Ustalono także, że pani E. M. - jako członek komisji przetargowej w obecnie prowadzonym postępowaniu na usługi cateringu dla zamawiającego w latach 2015-2016 r. złożyła oświadczenie, iż nie podlega wyłączeniu z postępowania m.in. na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ustalono nadto, że kierownik zamawiającego nie wykonuje czynności w postępowaniu i przekazał pisemne upoważnienie do dokonania czynności w postępowaniu panu A. H. . Pan A. H. złożył oświadczenie, zgodnie z którym w obecnie prowadzonym postępowaniu na usługi cateringu dla zamawiającego w latach 2015-2016 r. nie podlega wyłączeniu z postępowania m.in. na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (protokół postępowania wraz z załącznikami).

Odwołujący w treści odwołania wywodził, że z powodu wystawienia w przeszłości pozytywnych referencji przystępującemu zarówno pani E. M. jak i pan A. H. pozostawali w takim stosunku faktycznym z przystępującym, który mógł budzić zastrzeżenia co do ich bezstronności, co skutkowało koniecznością ich wyłączenia z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przywołany przez odwołującego przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.*

Zdaniem Izby fakt udzielenia pozytywnych referencji przystępującemu odnośnie realizacji w przeszłości usług cateringu na rzecz zamawiającego sam przez się nie świadczył o wystąpieniu takiego stosunku z tym wykonawcą, który wywoływałby wątpliwości co do bezstronności ww. osób w postępowaniu.

Wzięto pod uwagę, że udzielanie referencji jest standardowym sposobem dowodzenia doświadczenia w świadczeniu usług posiadanego przez wykonawców. Powyższe wynika z § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r. poz. 231 ze zm.). Oświadczenie wiedzy, jakim są referencje odnosi się do faktów z przeszłości, dotyczy jakości usług wykonywanych przez wykonawcę w przeszłości i sam fakt jego wystawienia nie świadczy o stronniczości osób je podpisujących w obecnie prowadzonym postępowaniu. Ponadto, żaden z przepisów stawy Pzp nie zabrania, aby o udzielenie zamówienia publicznego ubiegał się wykonawca, który w przeszłości świadczył usługi na rzecz zamawiającego.

### 3.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez udział w przygotowaniu postępowania oraz udział w pracach komisji przetargowej do 29 września 2014 r. pani G. G. .

Ustalono, że pani G. G. do dnia 30 czerwca 2010 roku była pracownikiem odwołującego (świadczenie pracy, załącznik do odwołania).

Osoba ta brała udział w organizowanym przez zamawiającego w 2012 roku postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 23/PO/ZP/AZU/12 prowadzonym pod nazwą „Dostawa cateringu dla salonów VIP/IP oraz Executive Lounge na lata 2012 - 2014”, w toku którego postępowania złożyła nieprawdziwe oświadczenie o niepozostawaniu z odwołującym w stosunku pracy w okresie ostatnich 3 lat, w związku z czym zostało złożone zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez ww. osobę (okoliczności faktyczne niezaprzeczone przez zamawiającego).

Ustalono także, że zamawiający w dniu 10 września 2014 r. wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest catering w latach 2015-2016 r. W tym dniu zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swej siedzibie oraz na swej stronie internetowej i przekazał ogłoszenie o zamówieniu do Dz. U. UE (protokół postępowania). Zamawiający zastrzegł w ogłoszeniu o zamówieniu, że na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie przewiduje się udzielania wyjaśnień oraz odpowiedzi na zapytania (pkt VI.III.12 ogłoszenia o zamówieniu).

10 września 2014 r. została powołana komisja przetargowa w skład której wchodziła m.in. pani G. G. . Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w dniu 29 września 2014 r. W tym samym dniu pani G. G. złożyła oświadczenie o wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a skutek czego została odwołana ze składu komisji przetargowej (protokół postępowania i załączniki do niego).

Na dzień 2 października 2014 r. G. G. nie była prawomocnie skazana za jakiegokolwiek przestępstwo (oświadczenie zamawiającego przedstawione na rozprawie, okoliczność niezaprzeczona przez odwołującego).

Odwołujący w treści odwołania wywodził, że jedynie z powodu złożenia w 2012 r. przez panią G. G. nieprawdziwego oświadczenia o niepozostawaniu z odwołującym w stosunku pracy w okresie ostatnich 3 lat, na skutek czego złożono zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, podlegała wyłączeniu z postępowania obecnie prowadzonego przez zamawiającego na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Przywołany przez odwołującego przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli *pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.*

Jak wynika literalnie z treści ww. przepisu, dla wyłączenia konieczne jest zaistnienie opisanego przez ustawodawcę stosunku prawnego lub faktycznego łączącego osobę z określonym wykonawcą. Obowiązek wyłączenia na tej podstawie aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy w postępowaniu pojawi się konkretny wykonawca, z którym daną osobę ww. stosunek łączy.

W myśl art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy w tym miejscu, że pani G. G. istotnie została powołana w dniu 10 września 2014 r. w skład komisji przetargowej. Dostrzeżenia wymaga jednak, że w dniu 29 września 2014 r. złożyła oświadczenie o wyłączeniu z udziału w postępowaniu, na skutek którego została odwołana ze składu komisji przetargowej. Wobec powyższego należało prześledzić, czy w okresie od 10 września do 29 września 2014 r. zaszły okoliczności uzasadniające jej wyłączenie z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, w okresie tym, z uwagi na fazę postępowania, nie można było mówić jeszcze o jakichkolwiek wykonawcach biorących udział w tym konkretnym postępowaniu. 29 września 2014 r., w którym pani G. G. złożyła oświadczenie o wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp był dniem, w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyłączył możliwość zadawania pytań odnośnie treści ogłoszenia o zamówieniu. Wskutek powyższego w okresie od wszczęcia postępowania do upływu terminu składania

wniosków nie ujawnił się żaden wykonawca, zainteresowany udziałem w postępowaniu. Dopiero z chwilą złożenia wniosków można było mówić o pojawieniu się pierwszych wykonawców w postępowaniu, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia. Ponieważ zaś G. G. wyłączyła się z udziału w postępowaniu 29 września 2014 r. to niemożliwym było naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Do momentu wyłączenia się przez nią z postępowania nie ujawnił się bowiem jeszcze żaden wykonawca, z którym pani G. G. mogłaby pozostawać w jakimkolwiek stosunku, a tym bardziej takim, który rodziłby wątpliwości co do jej bezstronności w postępowaniu.

#### 4.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę podmiotu, którego oferta była ofertą gorszą w stosunku do oferty odwołującego w zakresie kryterium jakości ustalonego przez zamawiającego.

Ustalono, że wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą próbki następujących produktów:

- a) taca wędlin 5 rodzajów,
- b) taca serów 5 rodzajów,
- c) zupy krem,
- d) przekąski zimne,
- e) przekąski gorące – quiche,
- f) sałatki sezonowe z sosem,
- g) przekąski gorące (skrzydełka, mini szaszłyki, sery panierowane),
- h) desery,
- i) ciastka w papilotach.

(rozdział IX ppkt 3 f SIWZ).

Próbki te miały być oceniane przez poszczególnych członków komisji w ramach kryterium jakościowego o wadze 50% pod względem smaku, zapachu, wyglądu, sposobu i estetyki podania potraw. W dalszej kolejności wszystkie punkty przyznane przez każdego członka komisji każdemu produktowi miały zostać do siebie dodane

Ocena punktowa w kryterium jakość miała zostać dokonana zgodnie ze wzorem:

Suma otrzymanych punktów przez ofertę badaną	x 50	= ..... pkt
Najwyższa suma punktów spośród ofert podlegających badaniu		

(rozdział XVIII pkt 2.2. SIWZ).

Swoje próbki złożyli zarówno przystępujący jak i odwołujący. Członkowie komisji przyznali ofercie przystępującego 200 punktów indywidualnych, zaś ofercie odwołującego – 134 punkty indywidualne. W efekcie przystępujący w kryterium „jakość” otrzymał 50 punktów,

zaś odwołujący – 33,5 pkt (karty indywidualnej oceny ofert, streszczenie oceny i porównania ofert, załączniki do protokołu).

Zdaniem Izby, zarzut odwołującego nie został w ogóle skonkretyzowany. Nie wskazał on, które złożone przez niego próbki należało uznać za lepsze od próbek przystępującego i z jakiego powodu. Nie wskazano również, która z indywidualnych ocen próbek dokonanych przez członków komisji była nieprawidłowa i dlaczego jest kwestionowana. Wreszcie tak nieskonkretyzowany zarzut pozostał całkowicie gołosłowny. Odwołujący na jego poparcie nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu. Zatem zarzut należało ocenić jako niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....