

**Sygn. akt: KIO 1857/22**

**WYROK**

**z dnia 3 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zespół Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **Fudeko Spółka akcyjna w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. umarza odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 32 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) w zw. z art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 oraz art. 5 w zw. z art. 58 § 1 i 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1360) w zw. z art. 266 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zawarcie w załączniku nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia – Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, w wysokości 50% wartości brutto umowy,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od wykonawcy **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** na rzecz zamawiającego – **Zespołu Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zespół Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa przygotowywania, dostarczania i podawania posiłków dla uczniów w Zespole Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 lipca 2022 roku wykonawca Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.

1. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert
2. na projektowane postanowienia umowy

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 359 pkt 2 w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. poprzez określenie w rozdziale XX specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) opis kryterium jakości jako doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) o wadze 30 punktów przyznawanych na podstawie deklaracji wykonawcy w Formularzu oferty podczas gdy:

a. Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert;

2. art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 32 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 oraz art. 5 w zw. z art. 58 § 1 i 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1360, zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. poprzez zawarcie w załączniku nr 6 do SWZ – Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, w wysokości 50% wartości brutto umowy, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy znacznej części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności,

ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu 1

a. ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie Sekcja IV pkt 4.3 Kryterium 3 poprzez usunięcie kryterium „Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi” i zastąpienie go kryteriami - Kryterium 3 - Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt oraz Kryterium 4 Certyfikat ISO 22000 (certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem żywności dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt

b. Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rozdziału XX ust. 2 SWZ poprzez usunięcie Kryterium 3 - Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) o wadze 30 pkt i zastąpienie go kryteriami - Kryterium 3 - Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt oraz Kryterium 4 Certyfikat ISO 22000 (certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem żywności dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt. Dodatkowo wniósł wprowadzenie do SWZ sposobu oceny tego kryterium w następujący sposób:

"Kryterium 3 Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt

Potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 14001 poprzez dołączenie niniejszego dokumentu do oferty – 15 punktów

Brak certyfikatu ISO 14001 w ofercie – 0 pkt

Kryterium 4 Certyfikat ISO 22000 (certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem żywności dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt

Potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 22000 poprzez dołączenie niniejszego dokumentu do oferty – 15 punktów

Brak certyfikatu ISO 22000 w ofercie – 0 pkt"

2. w zakresie zarzutu 2 :

a. zmiany § 8 ust. 2 Załącznika nr 6 do SWZ – Projektu Umowy poprzez jego zmianę i nadanie mu brzmienia: "Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może przekroczyć 25% wartości brutto Umowy, o której mowa w § 5 ust. 1.,,

Odwołujący oświadczył, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 lipca 2022 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części 1 dotyczącej zarzutów określenia w SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert, i uwzględnił odwołanie w pozostałej części, tj. w części 2, co do zarzutów dot. projektowanych postanowień umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w części dotyczącej zarzutu nr 1 odwołania, tj. naruszenia art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 359 pkt 2 w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. przystąpił wykonawca Fudeko Spółka akcyjna w Gdyni (przystępujący).

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w dniu 08 lipca 2022 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na usługę przygotowywania, dostarczania i podawania posiłków dla uczniów w Zespole Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie (nr ogłoszenia: 2022/BZP 00245278/01).

W ogłoszeniu o zamówieniu i w rozdziale XX SWZ zamawiający przewidział kryteria oceny ofert.

W rozdziale XX ust. 2 SWZ zamawiający wskazał , iż za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta (spośród ofert nieodrzuconych) zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

1. Cena – 60 pkt.
2. Czynniki dzierżawny – 10 pkt.
3. Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi – 30 pkt.

Zamawiający określił w SWZ, iż wymaga podania w formularzu ofertowym liczby lat doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi.

W odniesieniu do kryterium „Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi zamawiający określił, iż przyzna punkty za zadeklarowane w Formularzu oferty – Załącznik nr 1 do SWZ, doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi.

Opis kryterium nr 3 - Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K):

*Zamawiający przyzna punkty w niniejszym kryterium oceny ofert za zadeklarowane w Formularzu oferty – Załącznik nr 1 do SWZ, doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi, tj.:*

*Doświadczenie kucharza/kucharki powyżej 4 lat – 30 pkt.*

*Doświadczenie kucharza/kucharki powyżej 3 lat do 4 lat włącznie – 20 pkt*

*Doświadczenie kucharza/kucharki powyżej 2 lat do 3 lat włącznie – 10 pkt*

*Doświadczenie kucharza/kucharki 1 rok i powyżej do 2 lat włącznie – 5 pkt*

*Doświadczenie kucharza/kucharki poniżej 1 roku – 0 pkt*

W dniu 19 lipca 2022 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej postępowania modyfikacje SWZ– w załączniku nr 6 do SWZ – wzór umowy – § 8 ust. 2. poprzez nadanie mu brzmienia: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może przekroczyć 25% wartości brutto Umowy, o której mowa w § 5 ust. 1.” oraz rozdz. XXI pkt. 7 ppkt.

b) SWZ poprzez zastąpienie fragmentu:

„7. Wykonawca, przed podpisaniem umowy, zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu na jego wezwanie w terminie wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu:

a) (...)

b) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w szczególności osoby wskazanej w Formularzu ofertowym (osoba wskazana do oceny kryteriów oceny ofert),

sformułowaniem:

„7. Wykonawca, przed podpisaniem umowy, zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu na jego wezwanie w terminie wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu:

a) (...)

b) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w szczególności osoby wskazanej w Formularzu ofertowym (osoba wskazana do oceny kryteriów oceny ofert), wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji i doświadczenia (należy podać liczbę lat doświadczenia) niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności.

c) (...)

W piśmie procesowym z dnia 21 lipca 2022 roku odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z tego powodu, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne.

W piśmie procesowym z dnia 3 sierpnia 2022 roku odwołujący wniósł o:

1. umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 2;
2. uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu nr 1;
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 złotych.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega umorzeniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 32 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) w zw. z art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 oraz art. 5 w zw. z art. 58 § 1 i 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1360) w zw. z art. 266 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zawarcie w załączniku nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia – Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, w wysokości 50% wartości brutto umowy, na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Istota zarzutu polega na tym, że – jak podnosi odwołujący – zamawiający zamierza weryfikować kryterium jakościowe odnoszące się do doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) na podstawie zadeklarowania przez wykonawcę w formularzu oferty spełnienia tych kryterium.

Odwołujący podniósł, że opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie ww. kryterium nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

Niemniej jednak w dalszej części uzasadnienia zarzutów odwołania odwołujący skupia się na argumentacji, iż wykonawcy winni być świadomi, w oparciu o jakie informacje będą oceniane ich oferty, wskazuje na istotność kryteriów dla systemu zamówień publicznych oraz na konieczności zapewnienia transparentności wydatkowania środków publicznych, równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji. W żaden sposób odwołujący nie wykazuje, dlaczego ustalone przez zamawiającego kryterium i sposób jego oceny miałyby naruszyć wskazane wyżej zasady. Zamawiający w sposób precyzyjny określił, w jaki sposób będzie przyznawał punkty w zakresie zakwestionowanego kryterium, a określone zasady są obowiązujące wobec wszystkich wykonawców. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia zasadności argumentacji odwołującego w tym zakresie. Ustalone kryterium nie jest również nieweryfikowalne, na co zwracał uwagę odwołujący w treści odwołania.

W ocenie Izby nie stanowi naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy P.z.p. okoliczność, że zamawiający zdecydował się na ocenę oferty w zakresie zakwestionowanego kryterium jedynie na podstawie oświadczenia wykonawcy wskazanego w formularzu ofertowym.

Zgodnie z art. 240 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Stosownie do ust. 2, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

W myśl art. 242 ust. 1 ustawy P.z.p., najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:



- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Zgodnie z ust. 2, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Z powyższego wynika, że opis kryterium oceny ofert może odwoływać się tylko do informacji zawartych w samej ofercie. Może on również referować do informacji zawartych w przedmiotowych środkach dowodowych, ale nie jest to warunek *sine qua non*. Z treści art. 104 i nast. ustawy P.z.p. wynika, że zamawiający – w celu potwierdzenia spełniania kryteriów – może żądać przedmiotowych środków dowodowych. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „może żądać” oznacza, że jest to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Do zamawiającego zatem należy decyzja, czy i jakich przedmiotowych środków dowodowych będzie żądał dla potwierdzenia kryteriów oceny ofert.

Należy także zwrócić uwagę na zawarte w odwołaniu żądanie odwołującego na wypadek, gdyby Izba uwzględniła podniesiony przez niego zarzut. Wydaje się, że w sytuacji, gdy odwołujący podnosi niezasadność oceny oferty na podstawie kryterium, w zakresie którego zamawiający żąda wyłącznie oświadczenia wykonawcy, logicznym byłoby, by odwołujący zażądał wskazania przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych, które wykonawcy obowiązani byłiby złożyć dla wykazania spełniania tego kryterium. Tymczasem odwołujący wniósł o usunięcie zakwestionowanego kryterium i wprowadzenie w jego miejsce kryterium zupełnie innego, odnoszącego się do cech wykonawcy, tj. do posiadanego przez niego certyfikatu ISO. W sytuacji, w której odwołujący nie zakwestionował samej istoty kryterium, ale odnosił się wyłącznie do kwestii jego wykazania, podniesione żądanie należy uznać za nieuzasadnione i mające na celu

wyłącznie poprawienie sytuacji odwołującego w postępowaniu względem innych wykonawców biorących w nim udział.

Odnosząc się do wniosku odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego z tego powodu, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne, Izba wskazuje, że nie znalazła podstaw do uwzględnienia zgłoszonego wniosku. Odwołujący w treści pisma procesowego z dnia z dnia 21 lipca 2022 roku podnosił, że zamawiający zmodyfikował zapisy SWZ, do których odnoszą się zarzuty odwołani i w pełni usunął uchybienie zarzucane w treści odwołania.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie dokonał żadnych zmian w samym kryterium ani też w jego opisie. Dokonana zmiana dotyczyła czynności wykonawcy, do których jest on obowiązany już po złożeniu oferty oraz po wyborze najkorzystniejszej oferty, przed zawarciem umowy. Wydaje się, że odwołujący doszedł do tych samych wniosków, ponieważ w kolejnym piśmie z dnia 3 sierpnia 2022 roku, skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, po raz kolejny zmienił stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu nr 1.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....