

Sygn. akt: KIO 2210/20

WYROK

z dnia 5 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę **IMPEL Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu, al. Legionów 10, 41-902 Bytom**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje SP ZOZ Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu nr 4 w Bytomiu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Meridian`s Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i nakazuje ponowne dokonanie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Meridian`s Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu, al. Legionów 10, 41-902 Bytom i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IMPEL Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu, al. Legionów 10, 41-902 Bytom na rzecz IMPEL Catering Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław kwotę 19 383 zł 36 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt trzy złote trzydzieści sześć groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, oraz dojazdu na posiedzenie Izby.**

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

Przewodniczący :

Uzasadnienie

SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługa przygotowania i dystrybucji posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2020 r. pod pozycją 2020/S 121-295945.

W dniu 7 września 2020 r. wykonawca IMPEL Catering Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wybranego wykonawcy Meridian's Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Meridian's Sp. z o.o., gdyż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Meridian's Sp. z o.o. w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku zawartego w postanowieniu III.B pkt. 9.2 SIWZ,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty, podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez nieuwzględnienie wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, czym naruszyła zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Meridian's Sp. z o.o.,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania wykluczenia wykonawcy Meridian's Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Meridian's Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał postanowienia rozdziału III.B. pkt 9.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). Odwołujący podał, że Meridian's Sp. z o.o. w formularzu ofertowym w pkt. 6 jako lokalizację kuchni wpisała miasto Bytom. Następnie, na wezwanie Zamawiającego wykonawca Meridian's Sp. z o.o. oświadczył, że będzie przygotowywał posiłki w kuchni w Poznaniu przy ul. Naramowickiej 92. Jednocześnie, jak zauważył Odwołując, wykonawca ten nie wskazał podwykonawcy ani nie wskazał podmiotu, z potencjału którego chciałby skorzystać, co oznacza, iż zamierza w pełni samodzielnie wykonać przedmiotowe zamówienie publiczne, w oparciu o własne zasoby.

W ocenie Odwołującego, takie działania Meridian's Sp. z o.o. dowodzą tego, że już momencie składania oferty wykonawca ten nie posiadał prawa do dysponowania jakąkolwiek kuchnią na terenie miasta Bytom. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Meridian's Sp. z o.o. złożył świadomie niezgodne z rzeczywistością oświadczenie o rzekomym dysponowaniu w Bytomiu kuchnią spełniającą wymogi określone w SIWZ. Odwołujący wskazał, że w momencie, gdy wykonawca musiał przedstawić dokumenty potwierdzające, że enigmatycznie określona kuchnia z Bytomia spełnia wymogi przewidziane prawem, okazało się, iż takowych nie posiada. W to miejsce wykonawca przedstawił dokumenty dla kuchni zlokalizowanej w Poznaniu przy ul. Naramowickiej 92.

Odwołujący podniósł, że poza sporem jest okoliczność, iż odległość od tej kuchni do siedziby Zamawiającego (al. Legionów) wynosi w zależności od wyboru trasy, tj. DK 11 - 346

km (czas przejazdu 4 godz. 38 min.), przez S5 i A4 - 386 km (czas przejazdu 3 godz. 53 min) - dane z google maps. Podane czasy przejazdów nie uwzględniają przy tym potencjalnych zdarzeń (wypadków, remontów, złej pogody, dużego natężenia ruchu i innych utrudnień wpływających na czas przejazdu). Odwołujący zauważył, że wykonawca Meridian's Sp. z o.o. nie zadeklarował transportu lotniczego.

Opisane powyżej działania wykonawcy Meridian's Sp. z o.o. wskazują, zdaniem Odwołującego, na następujące okoliczności:

1) doszło do złożenia oferty zawierającej niezgodne z rzeczywistością oświadczenie co do spełniania warunku w zakresie potwierdzenia, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego,

2) wybrany wykonawca traktuje instrumentalnie postawiony w SIWZ warunek uznając, że przedstawienie wymaganych dokumentów dla dowolnej lokalizacji w Polsce, nieważne jak bardzo oddalonej od miejsca wydania posiłków, jest dozwolone i powoduje, iż oferta jest ważna,

3) wybrany wykonawca nie skalkulował w momencie składania oferty kosztów codziennego transportu posiłków z Poznania do Bytomia. W ocenie Odwołującego, oczywistym i nie wymagającym dodatkowego dowodzenia jest fakt, iż inna musi być cena posiłku przygotowanego i transportowanego do Zamawiającego z kuchni oddalonej o co najwyżej kilkanaście kilometrów, gdyby posiłki były przygotowywane w Bytomiu, a inna dla posiłków transportowanych z miejsca oddalonego o kilkaset kilometrów. Odwołujący zauważył, że już sam koszt paliwa niezbędnego do dostarczenia posiłków przy obecnych cenach paliw musiałby skutkować tym, że cena jednostkowa posiłku musiałaby być wyższa o co najmniej kilkadziesiąt procent.

Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca zdaje się z ogromną dezynwolturą traktować zarówno prawa ekonomii, jak i zdrowy rozsądek oraz doświadczenie życiowe zarówno Zamawiającego, jak i konkurentów. Jak podał Odwołujący, wybrany wykonawca, pragnąc za wszelką cenę wykazać formalno-prawne spełnienie warunku postawionego w SIWZ co do kuchni, w której posiłki są przygotowywane, dokonał zmiany swoich oświadczeń w zakresie lokalizacji tejże kuchni. Odwołujący podniósł, że działania wybranego wykonawcy cechuje brak przewidzenia konsekwencji, jaką wywołać powinna, w mniemaniu Meridian's Sp. z o.o., prosta zmiana adresów kuchni, chociażby w kalkulacji cenowej. Odwołujący stwierdził, że zmieniając fałszywe oświadczenie o posiadaniu kuchni w Bytomiu

na kolejne fałszywe oświadczenie o przygotowywaniu posiłków w lokalizacji Poznań, wykonawca Meridian's Sp. z o.o. nieświadomie pokazał swój prawdziwy sposób przygotowania oferty na potrzeby przedmiotowego przetargu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku Meridian's Sp. z o.o. składanie oświadczeń wprowadzających zamawiającego w błąd i posługiwanie się w sposób nieprawidłowy dokumentami mającymi potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie ma miejsca po raz pierwszy. Jak podał Odwołujący, wykonawca Meridian's Sp. z o.o. zataił przed Zamawiającym okoliczności związane z postępowaniem prowadzonym przez innego zamawiającego, tj. Zakład Opiekuńczo-Lecznicy w Gnieźnie SPZOZ z siedzibą w Gnieźnie ul. Orzeszkowej 27, z którego wykonawca ten został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że z uzasadnienia wykluczenia wynika niezbicie, że wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu oświadczył, że dysponuje kuchnią przy ul. Konarskiego 11/13 w Poznaniu. W toku czynności podjętych przez ZOL w Gnieźnie okazało się, że właściciel tej kuchni, tj. Dyrektor Domu Pomocy Społecznej w Poznaniu przy ul. Konarskiego 11/13 nie udostępnił i nie zamierzał udostępnić w żaden sposób firmie Meridian's jakichkolwiek pomieszczeń kuchennych w celu realizacji usług dla podmiotów trzecich. W efekcie Zakład Opiekuńczo-Lecznicy w Gnieźnie podjął w postępowaniu decyzję o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo ten Zamawiający wykluczył również firmę Meridian's na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca w złożonym JEDZ wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Meridian's powinien zostać wykluczony w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż udzielił negatywnej odpowiedzi w złożonym JEDZ na następujące pytanie:

„Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

- b) zataił te informacje;
- c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
- d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?”.

Odwołujący uznał, że wykonawca Meridian's Sp. z o.o. świadomie zataił przed Zamawiającym wszelkie okoliczności związane z jego wykluczeniem w 2018 r. w postępowaniu prowadzonym przez ZOL w Gnieźnie.

Jak zauważył Odwołujący, z oświadczeń wykonawcy Meridian's Sp. z o.o. wynika, że wykonawca ten nie dysponuje kuchnią spełniającą wymogi określone w SIWZ na terenie miasta Bytomia, ani nawet na terenie Województwa Śląskiego. Zamawiający nie może wykonawcy kuchni udostępnić, bo takiej nie posiada. W przekonaniu Odwołującego, zasadne jest uznanie, że wykonawca Meridian's Sp. z o.o. nie udowodnił, że spełnia warunek udziału dotyczący dysponowania właściwą kuchnią, o którym mowa w III.B pkt. 9.2 SIWZ. Z powodów ekonomicznych i logistycznych nie sposób uznać, zdaniem Odwołującego, że kuchnia, z której trzeba dostarczać posiłki dla Zamawiającego z drugiego końca Polski, potwierdza spełnienie wymogu Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że wykazanie przez wykonawcę Meridian's Sp. z o.o. kuchni w Poznaniu czyni zadość tylko formalnemu wykazaniu, iż wybrany wykonawca spełnia wymogi określone w SIWZ. Tymczasem celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji umowy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien powziąć wątpliwości odnośnie wykonawcy, który już po złożeniu oferty cenowej deklaruje, że przenosi proces przygotowania posiłków do miejsca oddalonego o kilkaset kilometrów od siedziby Zamawiającego, jednocześnie twierdząc, że nie rzutuje to ani na cenę usługi, ani na jej jakość, ani nawet na realną możliwość wykonania samego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego. Oznacza to, jak zauważył Odwołujący, że zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, brak takiego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący podał, że kryterium rozróżniającym i decydującym o odmiennej kwalifikacji oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. W praktyce mogą jednak wystąpić trudności przy kwalifikacji niektórych dokumentów przedmiotowych jako dokumentów odnoszących się bezpośrednio do treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę dosłowną treść art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp można by uznać, że każdy dokument dookreślający treść oświadczenia woli wykonawcy (treść oferty) jest jednocześnie dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ potwierdza, że oferowana dostawa, usługa lub robota budowlana spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że takie rozumowanie jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Jak zaznaczył Odwołujący, przyjęc należy, że art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczą zagadnień różnych. Jeżeli oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp są składane w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, wyjaśnianie treści tych oświadczeń i dokumentów następuje na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp są składane w celu dokonania oceny ofert, stanowią treść oferty, a ich wyjaśnianie następuje na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że bezsporne jest, że Zamawiający wymaga realizacji usługi według systemu HACCP, który drobiazgowo określa warunki przygotowywania posiłków. Z kolei postanowienie § 2 ust. 1 projektu umowy stanowi, iż wykonawca zobowiązuje się do przygotowania posiłków zgodnie z normami Instytutu Żywności i Żywienia. Zgodnie z zaleceniami zawartym w załączniku do odwołania dokumentem PIS - Zasady Systemu

HACCP oraz GHP/GMP w zakładach produkcji i obrotu żywnością oraz żywienia zbiorowego ustalone są zasady, zgodnie z którymi potrawy serwowane na gorąco winny utrzymywać temperaturę 60°C i czas ich przewozu nie może przekraczać 2 godzin – str. 21.

Zdaniem Odwołującego, przy założeniu, że posiłki są przygotowywane w Poznaniu, niemożliwe jest spełnienie tego warunku.

Zgodnie z zaleceniami zawartym w tym samym dokumencie - Zasady Systemu HACCP oraz GHP/GMP w zakładach produkcji i obrotu żywnością oraz żywienia zbiorowego (por. str. 21) potrawy po uprzedniej obróbce termicznej schładza się przy zastosowaniu najlepszych technologii. Należy obniżyć ich temperaturę z 60°C do 10°C w czasie nie dłuższym niż 2 godziny. Potrawy przechowywane w warunkach chłodniczych w temperaturze do +4°C. W ocenie Odwołującego, w związku z faktem, że czas transportu drogowego posiłków wynosi znacząco powyżej 2 godziny, oznacza to, iż wybrany wykonawca narusza powyższą zasadę. Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, wymogi ustalone przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym realizacji usługi zgodnie z HACCP i Instytutu Żywności i Żywienia, nie zostały spełnione przez wybranego wykonawcę. W przekonaniu Odwołującego, świadczenie przedmiotu zamówienia przy użyciu kuchni zlokalizowanej aż w Poznaniu przy ul. Naramowickiej 92 oznacza także, że treść oferty wybranego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym sposobu przygotowywania posiłków. W konsekwencji, jak stwierdził Odwołujący, Zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymaga, aby posiłki były dostarczone najpóźniej 15 minut przed ustaloną w postanowieniu - § 4 ust. 2 umowy. Jak zauważył Odwołujący, w przypadku śniadania będzie to najpóźniej godzina 7.45 - okoliczność bezsporna. Aby wymóg ten był dotrzymany, transport posiłków musi wyruszyć z Poznania nie później niż o godz. 3.45, codziennie, 365 dni w roku, siedem dni w tygodniu. Pracownicy wybranego wykonawcy musieliby przyrządzać posiłki m.in. w porze nocnej, co Odwołujący uznał za możliwe, ale skutkujące wyższymi kosztami pracy ze względu na konieczność wypłacania pracownikom dodatku za pracę w godzinach nocnych. Odwołujący zauważył, że jest to kolejny czynnik cenotwórczy, którego wykonawca Meridian's Sp. z o.o. nie ujął w swoim kosztorysie. Odwołujący wyraził przekonanie, że czynnik ten nie został ujęty w kosztorysie, bowiem wykonawca ten nie zamierza świadczyć usługi w Poznaniu w godzinach nocnych - wykonawca Meridian's Sp. z o.o. zamierza przygotowywać posiłki w pomieszczeniach do tego nie przystosowanych w Bytomiu, bez ponoszenia kosztów

transportu i dodatków nocnych dla pracowników.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Meridian's Sp. z o.o. świadomie podjął działania wprowadzające Zamawiającego w błąd co do tego, jak będzie wyglądało świadczenie usługi i jednocześnie wykazał się rażącym niedbalstwem przy przygotowywaniu oferty. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2019 roku, sygn. akt KIO 45/19.

Odwołujący podkreślił, że na podstawie opisu przedmiotu zamówienia wykonawca nie ma możliwości gotowania posiłków w obiektach Zamawiającego, jak *de facto* zamierza to czynić wykonawca Meridian's Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia postanowił, że posiłki mają być dowożone do Zamawiającego (czyli przygotowywane poza obiektem Zamawiającego) i rozdzielane w obiekcie Zamawiającego. W ramach dzierżawy Zamawiający udostępnił wyłącznie pomieszczenia, określone jako centralna zmywalnia. Ponadto, Zamawiający w załączonej do odpowiedzi na pytania nr 35 do treści SIWZ decyzji Sanepidu wskazuje iż Kuchnia/pomieszczenia wydierżawione od Zamawiającego nie spełniają roli kuchni produkcyjnej. Odwołujący zwrócił uwagę także na postanowienie § 13 ust. 2.2 projektu umowy oraz § 5 ust. 1 umowy dzierżawy (załącznik nr 6.1). Powyższe postanowienia wprost oznaczają, zdaniem Odwołującego, że na dzień rozpoczęcia usługi udostępnione przez Zamawiającego pomieszczenia nie mogą być przeznaczone do przygotowywania posiłków. Wykonawca nie może bez zgody Zamawiającego zmienić przeznaczenia tego lokalu, który jest wyłącznie zmywalnią. Wykonawca winien otrzymać od Zamawiającego formalną zgodę na przekształcenie zmywalni w kuchnię produkcyjną. Odwołujący zaznaczył, że w ofercie wykonawcy Meridian's Sp. z o.o. nie zostały ujęte koszty związane z dostosowaniem zmywalni do funkcji kuchni produkcyjnej.

Odwołujący podniósł, że okoliczność, iż wykonawca Meridian's Sp. z o.o. podjął działania, zgodnie z którymi nie zamierza przygotowywać posiłków w Poznaniu, i nielegalnie chce przygotowywać posiłki w pomieszczeniach niedopuszczonych przez Sanepid do produkcji posiłków, ale zlokalizowanych w Bytomiu, świadczy o tym, że nie konkuruje uczciwie z innymi wykonawcami. Analiza jego oferty w sposób niezbity dowodzi, iż nie zamierza wykonać usługi w sposób zadeklarowany. Oferta zawiera zatem oświadczenia i dokumenty, które co prawda w sposób li tylko formalny zdają się czynić zadość wymogom SIWZ, ale faktycznie wskazują na świadomie przyjętą przez wybranego wykonawcę strategię świadczenia usługi w sposób sprzeczny z postawionymi wymogami.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła, że Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako usługę przygotowania i dystrybucji posiłków dla pacjentów Szpitala (pkt I.1. OPZ).

Zgodnie z pkt 2 Załącznika nr 1B do SIWZ zakres świadczenia usługi obejmuje:

- a. przygotowanie, gotowanie posiłków wg norm i zasad żywienia przypisanym placówkom służby zdrowia z uwzględnieniem diet, ściśle według potrzeb Zamawiającego, według systemu HACCP.
- b. dostarczanie gotowych posiłków do siedziby Zamawiającego.
- c. podawanie posiłków do łóżka pacjenta.

Analogicznego podziału Zamawiający dokonał w § 1 ust. 2 Projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ). W kolejnych postanowieniach Załącznika nr 1B do SIWZ i Załącznika nr 6 do SIWZ Zamawiający opisał szczegółowo wymagania dotyczące każdej z ww. czynności składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający w treści dokumentacji rozbił zatem przedmiot zamówienia na trzy elementy: przygotowywanie posiłków, ich dostarczanie oraz podawanie do łóżek pacjentów.

W świetle ww. postanowień, nie budzi wątpliwości okoliczność, że oświadczenie, jakie wykonawcy zobowiązani byli złożyć w formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ)

w pkt 6 miało dotyczyć lokalizacji, w jakiej będzie realizowana usługa przygotowania posiłków, tj. kuchni. Postanowienie to brzmi: „6. Usługa przygotowania posiłków będzie realizowana w lokalizacji:”. Przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie interpretacja tego postanowienia w ten sposób, że Zamawiający oczekiwał podania w tym miejscu lokalizacji, w jakiej gotowe posiłki byłyby przygotowywane do dalszej dystrybucji, jest sprzeczna z literalnym brzmieniem Specyfikacji.

Miejsce przygotowywania posiłków miało dla Zamawiającego znaczenie – Zamawiający wymagał, aby lokalizacja miejsca przygotowywania posiłków posiadała decyzję Inspektora Sanitarnego potwierdzającego, że kuchnia, w której przygotowywane będą posiłki spełnia wszystkie wymagania higieniczno-sanitarne w zakresie produkcji posiłków dla potrzeb lecznictwa zamkniętego (pkt IIIB ppkt 9 SIWZ). Złożenia takiego dokumentu wymagał Zamawiający od wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

O tym, że lokalizacja, w której będą przygotowywane posiłki jest dla Zamawiającego istotna świadczy także okoliczność, że zmianę tę Zamawiający uznał za istotną i wpisał ją do §13 pkt 2.2. lit. d Projektu Umowy warunkując możliwość jej wprowadzenia przedłożeniem przez wykonawcę Decyzji Inspektora Sanitarnego, która będzie potwierdzała, że kuchnia, w której przygotowywane będą posiłki spełnia wszystkie wymagania higieniczno-sanitarne w zakresie produkcji posiłków dla potrzeb lecznictwa zamkniętego.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że złożenie przez wykonawcę Meridian`s Sp. z o.o. w Formularzu ofertowym oświadczenia, że usługa przygotowywania posiłków będzie realizowana w lokalizacji Bytom, a następnie przekazanie na wezwanie Zamawiającego Decyzji nr HŻ-465/3/1-286/20 Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Poznaniu z dnia 7 lipca 2020 r. dla lokalizacji przy ul. Naramowickiej 92 w Poznaniu, stanowi niedozwoloną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmianę oferty. Zmiana oświadczenia o lokalizacji kuchni, w jakiej będą przygotowywane posiłki, stanowi zmianę oferty w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Oferta zmodyfikowana w taki sposób jest niezgodna z ustawą Pzp, tj. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał na naruszenie ww. podstawy prawnej, jednak treść postawionych przez Odwołującego zarzutów, oraz okoliczności faktyczne opisane przez Odwołującego wskazują na naruszenie tej normy prawnej.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Izba zważyła, że złożone przez Meridian`s Sp. z o.o. oświadczenie o lokalizacji kuchni stanowiło treść oferty, nie zostało złożone na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Podstawą wykluczenia Meridian`s Sp. z o.o. z postępowania nie może stać się także okoliczność, że wykonawca ten w złożonym JEDZ nie przedstawił informacji o wykluczeniu go z postępowania przez Zakład Opiekuńczo-Leczniczy w Gnieźnie. Po powzięciu informacji o zaistnieniu takich okoliczności Zamawiający powinien wezwać Meridian`s Sp. z o.o. do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co wobec zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty Meridian`s Sp. z o.o. stało się bezprzedmiotowe (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że oferta Meridian`s Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na zmianę oświadczenia złożonego w ofercie dotyczącego lokalizacji miejsca, w którym będą przygotowywane posiłki. Jak wskazano powyżej, zmiana oferty stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jeśli zaś chodzi o możliwość spełnienia przez wykonawcę poszczególnych wymogów Zamawiającego dotyczących przygotowywania posiłków, ich dostarczania, temperatury itp. – możliwość ich spełnienia przy dostarczaniu posiłków z kuchni zlokalizowanej w Poznaniu podlegałaby wyjaśnieniu, gdyby nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Meridian`s Sp. z o.o.

Podobnie rzecz się ma w zakresie realności zaoferowanej przez Meridian`s Sp. z o.o. ceny. Odwołujący podniósł wątpliwości co do skalkulowania przez Meridian`s Sp. z o.o. wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia realizowany z kuchni w Poznaniu. Wątpliwości te nie mogą jednak stać się podstawą do odrzucenia oferty Meridian`s Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przed dokonaniem takiej czynności Zamawiający zobowiązany byłby do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na cenę, co w przedmiotowym postępowaniu jest bezcelowe z uwagi na zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty Meridian`s Sp. z o.o.

Izba uznała ponadto, że przesłanki odrzucenia oferty Meridian`s Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie zostały przez Odwołującego wykazane. W przedmiotowej sprawie z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że wykonawca

Meridian`s Sp. z o.o. nie zmierza realizować przedmiotu zamówienia z kuchni położonej w Poznaniu, dla której złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty. O powyższym świadczy chociażby pozyskana przez Meridian`s Sp. z o.o. Decyzja Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Bytomiu z 14 września 2020 r. o zatwierdzeniu bloku żywienia na terenie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 4 w Bytomiu przy al. Legionów 10 pod względem przestrzegania wymagań higienicznych w zakresie produkcji dań od surowca do gotowego wyrobu podawanych w naczyniach wielokrotnego użytku. Stwierdzenie tego faktu wymagałoby jednak przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego, które jest bezprzedmiotowe wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Meridian`s Sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący :