

WYROK
z dnia 7 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez wykonawcę: **ASPEN-Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum:

1. VENDI SERVIS Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź

2. Izan+ Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków

3. JOLMARK Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża: wykonawcę: ASPEN-Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: ASPEN-Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: ASPEN-Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków na rzecz zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków kwotę 1268 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę oraz opłatą skarbową z tytułu pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie kompleksowej usługi żywienia pacjentów Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie” (DFP.271.156.2018.LS), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 sierpnia 2018 r., nr 2018/S 166-378849.

Odwołujący – ASPEN-Res Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 i następnych ustawy Pzp odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, o treści jak niżej.

- I. Wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu, w części 1, 2 i 3, tj.:
 - a) czynności wyboru w części 1, 2 i 3, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VENDI SERVIS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz JOLMARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, dalej łącznie zwanych „Konsorcjum VENDI”;
 - b) zaniechania odrzucenia oferty złożonej w częściach 1, 2 i 3 przez Konsorcjum VENDI, jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
 - c) zaniechania wezwania Konsorcjum VENDI do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska;
 - d) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum VENDI jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
 - e) zaniechania wykluczenia Konsorcjum VENDI z postępowania z uwagi na przedstawienie przez Wykonawcę informacji, które wprowadziły zamawiającego w błąd, a które miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.
- II. W związku z powyższym, zarzucam Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:
 - a) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum VENDI, pomimo że

sposób realizacji zamówienia wynikający z treści oferty nie pozwala na spełnienie następujących wymagań Zamawiającego:

- i. zapewnienia temperatur posiłków przewidzianych w § 9 ust. 2 oraz § 10 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ (dalej „wzór umowy”),
 - ii. terminów dostaw posiłków przewidzianych w załącznikach 3a, 3b i 3c do wzoru umowy, w szczególności w przypadku dokonania korekt, o których mowa w § 12 ust. 3 wzoru umowy;
- b) art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum VENDI, podczas gdy wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd i mogące mieć wpływ na decyzje Zamawiającego, polegające na zapewnieniu, że zamówienie realizowane będzie z kuchni zlokalizowanej w Oświęcimiu, podczas gdy spełnienie wymagań SIWZ, w szczególności dotyczących terminów dostawy i temperatur posiłków nie jest możliwe przy założeniu przygotowania posiłków w kuchni położonej w tak odległej lokalizacji;
- c) art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum VENDI, podczas gdy wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd i mogące mieć wpływ na decyzje Zamawiającego, polegające na zapewnieniu, że zamówienie realizowane będzie przy zachowaniu jakości potwierdzonej certyfikatem ISO 22000, co stanowiło element kryterium oceny ofert „jakość usługi”;
- d) art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum VENDI do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, pomimo że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, czy zaoferowana przez Konsorcjum VENDI nie jest rażąco niska i czy umożliwia zrealizowanie przedmiotowego zamówienia;
- e) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419, z późn. zm.) (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum VENDI w sytuacji, gdy wyżej wskazane okoliczności stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

III. W konsekwencji, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, 2 i 3;
- b) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, 2 i 3;
- c) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie części 1, 2 i 3;
- d) odrzucenia oferty Konsorcjum VENDI i/lub wykluczenia Konsorcjum VENDI z postępowania w zakresie części 1, 2 i 3.

IV. Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, jako że złożył w postępowaniu ofertę, która w częściach 1, 2 i 3 postępowania, została zakwalifikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert. Oferty, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako najkorzystniejsze w częściach 1, 2 i 3 powinny zostać odrzucone, a wykonawca, który je złożył, powinien zostać wykluczony z postępowania.

Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co powinno skutkować wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Oddalenie odwołania uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a zatem doprowadzi do utraty przez Odwołującego korzyści, jakie ten osiągnąłby, uzyskując zamówienie.

Powyższe okoliczności wyczerpują przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące wniesienie odwołania.

Uzasadnienie odwołania

1. Informacje wstępne

1.1. Przedmiotem postępowania jest świadczenie kompleksowej usługi żywienia pacjentów Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie. Usługa ta ma być świadczona codziennie, całodobowo i obejmować ma w szczególności dostarczenie posiłków spełniających określone warunki, w określonych terminach, a także obsługę związaną z zapewnieniem i odbiorem naczyń i niezbędnego wyposażenia.

1.2. Jest oczywiste, że przedmiot zamówienia stanowi usługa o znaczeniu krytycznym z punktu widzenia zdrowia i życia pacjentów szpitala. Zapewnienie prawidłowego żywienia jest bowiem elementem procesu leczenia i rehabilitacji pacjentów.

1.3. Realizacja zamówienia jest procesem skomplikowanym, wymagającym zaawansowanej obsługi logistycznej i bardzo sprawnie działających procesów wytwórczych oraz dostawczych. W ramach przedmiotu zamówienia konieczne jest dostarczenie około 900 całodniowych posiłków dziennie, do łącznie 44 jednostek Szpitala (31 punktów dostaw), zlokalizowanych pod różnymi adresami. Zamawiający przewiduje równocześnie zapewnienie 5 rodzajów diet podstawowych oraz 8 rodzajów diet indywidualnych, przygotowywanych według indywidualnych zaleceń lekarskich dla danego pacjenta. Dodatkowo, stosownie do postanowień SIWZ (np. zał. Nr 2 do wzoru umowy, sekcja „Diety, posiłki produkty”, pkt 6), diety mogą być dowolnie modyfikowane przez Zamawiającego. W chwili obecnej liczba diet indywidualnych wynosi około 55 dziennie (informacja ta jest Odwołującemu znana, gdyż w chwili obecnej realizuje on zamówienie na analogiczny zakres usługi). Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, posiłki powinny być dostarczane o określonych godzinach do poszczególnych lokalizacji, a dopuszczalne odchylenie (zarówno w zakresie dostawy

wcześniejszej, ja i późniejszej), wynosi 10 minut. Posiłki powinny spełniać określone, restrykcyjne wymagania jakościowe, w tym w szczególności wymagania co do ich temperatur, o czym szerzej w dalszej części odwołania.

1.4. Jak wynika z powyższego, niezwykle ważną okolicznością z punktu widzenia możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, jest lokalizacja zaplecza kuchennego, czyli miejsca, w którym przygotowywane będą posiłki. Wskazanie tego miejsca nie było wprost wymagane w SIWZ, jednakże Wykonawcy mieli możliwość uzyskania w kryterium „jakość usługi” dodatkowych punktów w wypadku przedstawienia certyfikatu systemu bezpieczeństwa żywności wg normy ISO 22000 lub certyfikatu FSSC, wystawionych dla lokalizacji kuchni wraz z zapleczem, w której wykonywana będzie usługa (sekcja 13 pkt 13.1. I. SIWZ). Przedstawienie certyfikatu dla określonych lokalizacji kuchni, stanowi więc jednoznaczne oświadczenie Wykonawcy, że usługa będzie realizowana w lokalizacji wskazanej w certyfikacie. Oświadczenie to traktowane jest zresztą przez Zamawiającego - zgodnie ze wskazanym powyżej postanowieniem SIWZ - jako element treści oferty.

1.5. W postępowaniu przewidziano możliwość składania ofert częściowych, na 4 części przedmiotu zamówienia. W częściach 1, 2 i 3 ofertę złożyło Konsorcjum VENDI. Wykonawca ten złożył wraz z ofertą certyfikat ISO 22000, wystawiony dla łącznie 9 lokalizacji kuchni. Lokalizacją położoną najbliżej Krakowa, w którym mieszczą się wszystkie jednostki Zamawiającego, jest lokalizacja w Oświęcimiu przy ul. Dąbrowskiego 135, a więc w miejscu oddalonym o 66 kilometrów od siedziby Zamawiającego.

1.6. W ocenie Odwołującego, zaoferowanie realizacji zamówienia przy wykorzystaniu kuchni położonej w tak znacznym oddaleniu od miejsc dostawy posiłków, jest sprzeczne z konkretnymi wymaganiami Zamawiającego w zakresie terminów dostaw oraz temperatur posiłków, a także stanowi działanie wprowadzające Zamawiającego w błąd, mające na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowej punktacji. Istnieją tylko dwie, wzajemnie wykluczające się możliwości: albo Konsorcjum VENDI w istocie zamierza świadczyć usługę przy wykorzystaniu jednej z kuchni wskazanych w certyfikacie ISO 22000 - ale wówczas nie jest możliwe świadczenie usług o wymaganych parametrach, albo też Konsorcjum VENDI w istocie nie zamierza świadczyć usług przy wykorzystaniu kuchni wskazanych w tym certyfikacie - ale wówczas oznacza to, że oświadczenie o zamiarze wykorzystania kuchni objętych certyfikatem jest nieprawdziwe i służy wprowadzeniu zamawiającego w błąd, w celu uzyskania dodatkowej punktacji. Ponadto, zaoferowanie realizacji zamówienia z tak odległej lokalizacji, wymaga uwzględnienia w cenie oferty kosztów znacząco wyższych niż zaoferowana przez Konsorcjum VENDI cena. Okoliczności te zostaną szerzej omówione w dalszej części odwołania.

2. Temperatura posiłków

2.1. Jak wynika z postanowień SIWZ, w szczególności z § 9 ust. 2, § 10 oraz załącznika

nr 2 do wzoru umowy, posiłki muszą być dostarczane w ściśle określonych temperaturach, to jest:

2.1.1. Dla zup - minimum 75 °C,

2.1.2. Dla drugich dań - minimum 63 °C,

2.1.3. Dla gorących napojów - minimum 80 °C,

2.1.4. Dla sałatek, surówek, wędlin i innych potraw serwowanych na zimno - nie więcej, niż 4°C.

2.2. Równocześnie, wykonawcy muszą założyć, że na terenie jednostek Szpitala, do których realizowane są dostawy, nie będzie możliwe podgrzanie posiłków. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do wzoru umowy (sekcja „transport i dostawa”, pkt 13 na str. 14 załącznika), „Zamawiający ogranicza możliwość podgrzewania bimarów w obrębie budynków Zamawiającego, podgrzewanie jest możliwe za zgodą Specjalisty ds. żywienia.” Oznacza to, że co do zasady, podgrzewanie posiłków w miejscu dostawy nie jest możliwe, chyba, że zostanie na to wyrażona indywidualna zgoda w danym przypadku.

2.3. Jak już wskazano, spośród kuchni wskazanych w certyfikacie ISO 22000 złożonym przez Konsorcjum VENDI, najbliższej zlokalizowana jest kuchnia w Oświęcimiu, przy ul. Dąbrowskiego 135, czyli w odległości około 66 kilometrów od lokalizacji, do których mają zostać dostarczone posiłki. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, iż wszystkie lokalizacje Zamawiającego znajdują się w ścisłym centrum miasta, w zabudowie z połowy XIX w. (<http://www.su.krakow.pl/historia-szpitala-uniwersyteckiego-w-krakowie>). Oznacza to, że średni czas samego dojazdu (bez rozładunku i dostarczenia posiłku do pacjenta), który powinien być uwzględniony przez Konsorcjum VENDI, wynosi około 1,5 godziny. Uwzględniając załadunek posiłków oraz ich rozładunek i dostarczenie do pacjenta, czas ten powinien wynieść nie mniej, niż 2 godziny.

2.4. Biorąc powyższe pod uwagę, ze względów czysto fizycznych, przy założeniu upływu co najmniej 2 godzin od momentu przygotowania posiłku do momentu jego wydania pacjentowi, nie jest możliwe jego dostarczenie w temperaturze wymaganej przez Zamawiającego. Należy przy tym podkreślić, że powyższe nie stanowi jedynie prognoz czy przypuszczeń Odwołującego co do możliwości należytej realizacji umowy przez Konsorcjum VENDI. Niemożność spełnienia wymagań Zamawiającego wynika z prostego zestawienia treści SIWZ z treścią oferty Konsorcjum VENDI oraz z właściwości fizycznych przedmiotu zamówienia.

3. Termin dostawy

3.1. Jak wskazano na wstępie, terminy dostaw posiłków zostały szczegółowo wskazane przez Zamawiającego, a możliwość błędu (tzn. przedwczesnego lub spóźnionego dostarczenia), wynosi 10 minut. Równocześnie, Zamawiający uprawniony jest do zgłaszania tzw. korekt opisanych szerzej w § 11 ust. 6 i 7 wzoru umowy. Podkreślić należy, że choć

w postanowieniu § 11 ust. 6 wskazano, że prawo do złożenia korekty powstaje „w sytuacjach awaryjnych”, to jednak zarówno z umowy, jak i z praktyki wynika, że jest to uprawnienie na bieżąco wykorzystywane przez Zamawiającego. „Sytuacją awaryjną”, występującą często w praktyce szpitala, może być np. przyjęcie nowych pacjentów, a więc zmiana czysto ilościowa, jak i zmiana rodzaju posiłku wynikająca np. z nowego rozpoznania jednostki chorobowej, a więc zmiana jakościowa. Wszelkie zmiany tego rodzaju muszą być na bieżąco uwzględniane przez Wykonawcę (§ 11 ust. 6 lit. c wzoru umowy). Zgodnie z § 12 ust. 2 wzoru umowy, korekty składane są z wyprzedzeniem, tzn. do określonych godzin (korekty dot. śniadania mogą być zgłoszone do godz. 5.30, dotyczące obiadu do godz. 10.30, a dotyczące kolacji do godz. 16.00). Biorąc pod uwagę, że posiłki te dostarczane są dla poszczególnych jednostek w godzinach: śniadania: 6.55 - 7.45, obiady: 11.05 - 13.20, kolacje: 16.55 - 17.40, korekta może zostać zgłoszona w terminie nawet poniżej 1 godziny przed dostawą danego posiłku.

3.2. Biorąc pod uwagę wskazane powyżej uwarunkowania wynikające z odległości kuchni Konsorcjum VENDI od lokalizacji Zamawiającego, oznacza to praktyczną niemożliwość wykonania świadczenia opisanego w SIWZ. Niemożliwość ta - podobnie, jak w wypadku braku możliwości dostarczenia posiłków w wymaganych temperaturach, nie jest jedynie przedmiotem spekulacji Odwołującego, lecz jest faktem wynikającym z zestawienia wymaganego w SIWZ parametru (czas dostawy i terminy dokonywania korekt), z zadeklarowaną w ofercie lokalizacją kuchni.

4. Wprowadzenie w błąd

4.1. Jak wynika z powyższych zarzutów, prawidłowa realizacja zamówienia z lokalizacji w Oświęcimiu (lub którejkolwiek innej wskazanej w certyfikacie ISO 22000), nie jest fizycznie możliwa, z uwagi na odległość od jednostek Zamawiającego i czas niezbędny na dostarczenie posiłków. Dodatkowo należy zauważyć, że zlokalizowanie kuchni w tak znacznym oddaleniu od miejsc dostawy, powoduje także dalsze utrudnienia logistyczne, związane np. z koniecznością zapewnienia personelu do obsługi posiłków praktycznie przez cały dzień, z koniecznością odbioru brudnych naczyń, etc. Te ostatnie problemy teoretycznie możliwe są do przewyciężenia (w odróżnieniu od wskazanych w pkt 2 i 3 odwołania), natomiast niewątpliwie znacząco utrudniają realizację zamówienia i podnoszą jej koszt. W ocenie Odwołującego, świadczenie usług objętych zamówieniem przy wykorzystaniu kuchni położonych w zadeklarowanych lokalizacjach, nie jest ani możliwe, ani racjonalne. Jedynym racjonalnym wytłumaczeniem takiego sformułowania oferty Konsorcjum VENDI, jest więc przyjęcie założenia, że konsorcjum dokona zmiany sposobu realizacji umowy poprzez zmianę lokalizacji zaplecza gospodarczego niezbędnego do realizacji umowy. Możliwość taka została przewidziana w § 2 ust. 8 wzoru umowy. Nie zmienia to jednak faktu, że jeżeli wykonawca zamierzał uzyskać dodatkową punktację, to musiał w ofercie wykazać

posiadanie certyfikatu systemu bezpieczeństwa żywności wg normy ISO 22000 lub certyfikatu FSSC, wystawionego dla lokalizacji kuchni wraz z zapleczem, w której wykonywana będzie usługa. Jeżeli więc Wykonawca przedstawił w ofercie certyfikat dla lokalizacji kuchni, w której w istocie nie zamierza wykonywać usługi, to oznacza to, że wprowadził od Zamawiającego w błąd co do okoliczności mających wpływ na ocenę oferty.

4.2. Sytuacja taka wypełnia znamiona przesłanki wykluczenia opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ponieważ oznacza wprowadzenie w błąd - co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a w ocenie Odwołującego wręcz celowo - w celu polepszenia swojej pozycji w rankingu ofert. Działanie takie niewątpliwie może mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Konsorcjum VENDI powinno więc zostać wykluczone z postępowania na wskazanej wyżej podstawie.

5. Rażąco niska cena

5.1. Jak wynika z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności wówczas, gdy zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu nie występuje oczywiście sytuacja, która uzasadnia obligatoryjne badanie ceny zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, ponieważ cena zaoferowana przez Konsorcjum VENDI nie odbiega istotnie od ceny, którą Zamawiający przewidział na realizację zamówienia i tym samym stwarza pozór prawdopodobieństwa.

5.2. Jeżeli jednak Zamawiający wzięłyby pod uwagę konsekwencje wynikające z faktu lokalizacji zaplecza gospodarczego Konsorcjum VENDI, to musiałby uznać, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest realna. Niezależnie bowiem od faktu braku możliwości dostarczenia posiłków o wymaganej temperaturze w wymaganych terminach, realizacja umowy z lokalizacji tak istotnie oddalonej, pociąga za sobą konieczność uwzględnienia następujących kosztów w dodatkowych, niewystępujących w wypadku realizacji zamówienia z kuchni zlokalizowanej w bliskiej odległości od lokalizacji Zamawiającego.

5.2.1. Specyfika usługi, rozmieszczenie budynków oraz lokalizacja w centrum Krakowa wymusza zaangażowania do realizacji usługi około 12 środków transportu oraz zatrudnienie co najmniej 24 kierowców, co średnio miesięcznie przy założeniu kosztów leasingu, ubezpieczenia oraz kosztów paliwa wynosi około 170 tys. zł miesięcznie.

5.2.2. Wykonawca w ramach kryterium oceny ofert złożył deklarację zakupu nowych urządzeń w postaci: 30 wózków wyposażonych w komory chłodzenia i podgrzewania (...), 39 termosów na napoje oraz 30 termoportów.

5.3. Konieczność uwzględnienia w ofercie kosztów wskazanych w pkt 5.2. powyżej, prowadzi do wniosku, że suma kosztów niezbędnych do uwzględnienia w wypadku realizacji zamówienia z kuchni położonej w oddaleniu około 70 km. od lokalizacji Zamawiającego,

przekracza kwotę zaoferowaną przez Konsorcjum VENDI, a powstałe wątpliwości przekładają się także na pozostałe części zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do tego, czy cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską, a następnie wszcząć opisaną w art. 90 ustawy Pzp procedurę wyjaśnień i w razie jej negatywnego efektu, odrzucić ofertę Konsorcjum VENDI we wszystkich częściach.

6. Czyn nieuczciwej konkurencji

6.1. W ocenie Odwołującego, działanie polegające na celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do sposobu realizacji zamówienia, dokonane wyłącznie w celu zapewnienia lepszej pozycji konkurencyjnej w postępowaniu, stanowi działanie sprzeczne z prawem (tzn. niezgodne z przepisami ustawy Pzp) oraz z dobrymi obyczajami (tzn. z zasadą uczciwości kupieckiej), podjęte w celu naruszenia interesów innych wykonawców, a w szczególności Odwołującego. Oznacza to, że wypełnione zostały znamiona czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowane w art. 3 ust. 1 uznk.

6.2. Czynem nieuczciwej konkurencji, stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk jest również oferowanie przez Konsorcjum VENDI realizacji przedmiotowej usługi poniżej kosztów jej świadczenia (co zostało wykazane w pkt 5 odwołania). Działanie takie, w ocenie Odwołującego, ma na celu wyłącznie eliminację z postępowania Odwołującego, a tym samym utrudnienie mu dostępu do rynku przedmiotowych usług.

W związku z powyższym, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki: (...)

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której zamieścił wniosek o: oddalenie odwołania w całości; obciążenie odwołującego kosztami odwołania; zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z przedstawionymi na rozprawie dokumentami księgowymi.

W uzasadnieniu pisma zamawiający przedstawił stanowisko odnosząc się do zarzutów odwołania. Załączył poza dokumentami formalnymi, zrzuty ekranu z Google Maps oraz dokumenty potwierdzające wysokość aktualnych cen usług żywieniowych.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: VENDI SERVIS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, JOLMARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w wyniku skutecznego przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, zwanymi też w skrócie „przystępującym”. Wnieśli o oddalenie odwołania w zgłoszeniu przystąpienia i w dodatkowym piśmie złożonym wraz z załącznikami na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, w tym przeprowadzeniu postępowania dowodowego na podstawie akt sprawy i złożonych dowodów oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Po rozpoznaniu odwołania w granicach zarzutów w nim zawartych (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), z uwzględnieniem obowiązku stron i uczestnika postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 190 ust. 1, ust. 1a pkt 1, ust. 3 ustawy Pzp), Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia w częściach 1, 2, 3 oferty złożyli dwaj wykonawcy: odwołujący i przystępujący. Ceny oferty przystępującego są niższe od cen oferty odwołującego o 14,48% w części 1, o 11,48% w części 2, a w części 3 o 11,06%. W częściach 1 i 3 zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, zwiększył kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, gdyż ceny oferty przystępującego przekraczały kwotę przeznaczoną na ten cel.

Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Czynności zamawiającego podjęte i zaniechane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, w toku badania i oceny ofert w częściach 1, 2, 3 zamówienia, zostały przedstawione w odwołaniu, jako naruszające przepisy ustawy Pzp:

- a) wybór oferty przystępującego,
 - b) zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ – treść oferty nie pozwala na spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie:
 - temperatury posiłków przewidzianych w § 9 ust. 2 oraz w § 10 wzoru umowy (w skrócie „umowy”) załącznik 3 do SIWZ,
 - terminów dostaw posiłków przewidzianych w załącznikach 3a, 3b, 3c do umowy, w szczególności w przypadku dokonania korekt, o których mowa w § 12 ust. 3 umowy
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2;

- c) zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, gdyż zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska i czy umożliwia zrealizowanie zamówienia
- naruszenie art. 90 ust. 1;
- d) zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej w skrócie „uznk”;
- e) zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd i mogących mieć wpływ na decyzje zamawiającego, polegające na zapewnieniu, że:
- zamówienie realizowane będzie z kuchni zlokalizowanej w Oświęcimiu, podczas gdy spełnienie wymagań SIWZ, w szczególności dotyczących terminów dostawy i temperatur posiłków nie jest możliwe przy założeniu przygotowania posiłków w kuchni położonej w tak odległej lokalizacji,
 - zamówienie realizowane będzie przy zachowaniu jakości potwierdzonej certyfikatem ISO 22000, co stanowiło element kryterium oceny ofert „jakość usługi”
- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17.

Ad a) Odwołujący nie skonkretyzował przepisu, który został naruszony w wyniku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle przepisów ustawy Pzp i postanowień SIWZ. Zatem należało uznać, że w ocenie odwołującego, wybór oferty przystępującego w trzech częściach zamówienia jako najkorzystniejszej, spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu (odwołującego i przystępującego) jest skutkiem zaniechania czynności wskazanych w następnych punktach zarzutów.

Ad b) Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W orzecznictwie utrwalono pogląd, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), dotyczy niezgodności w zakresie oczekiwania zamawianego wyrażonego SIWZ oraz zobowiązania wykonawcy oferowanego w ofercie, a więc treści oferty w rozumieniu art. 66 §1 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zatem, odrzucenie oferty następuje w sytuacji merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdy nie jest możliwe jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3

Pzp (zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

W okolicznościach sprawy wskazany zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego, z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, sprowadza się do nieuwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów jakie należało uwzględnić wobec wskazania w ofercie przez przystępującego kuchni z zapleczem dla której wystawiono wymagany certyfikat (ISO 22000), w Oświęcimiu, odległym o ok. 66 km od Krakowa – bazy zamawiającego. Według odwołującego, zaoferowana cena nie może zawierać wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi w sposób wynikający z opisu zamawiającego zamieszczonego w SIWZ i udzielonych wyjaśnieniach, w zakresie: -temperatury posiłków przewidzianych w § 9 ust. 2 oraz w § 10 wzoru umowy (załącznik 3 do SIWZ), -terminów dostaw posiłków przewidzianych w załącznikach 3a, 3b, 3c umowy, w szczególności w przypadku dokonania korekt, o których mowa w § 12 ust. 3 umowy, a co w konsekwencji powoduje naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – tylko z tego powodu, że kuchnia przystępującego zlokalizowana jest w Oświęcimiu. Pokonywanie odległości 66 km nie pozwoli zachować temperatur i terminów dostaw posiłków.

Zamawiający opisał temperatury posiłków jakie powinny być zachowane w czasie realizacji usługi, natomiast wymagał wskazania tylko rodzaju urządzeń, których zadaniem jest utrzymanie żądanej temperatury. Przewidział korektę temperatur do wielkości wskazanej w § 22 pkt 4 lit. i umowy, dopuszczając przekroczenie do 10 stopni - dania ciepłe i 5 stopni - dania zimne.

Odnosnie do terminu dostaw posiłków, zamawiający pismem z dnia 3 października 2018 r. wprowadził nowy graniczny czas dla sporządzania przez zamawiającego korekt, co przeczy twierdzeniu odwołującego, że korekta może być zgłoszona nawet na mniej niż 1 godz. przed dostawą posiłku. Istotne jest także, że dostawa posiłków ma być zrealizowana do punktu odbioru posiłków, a nie do pacjenta.

Na podstawie powyższego, brak jest podstaw do uznania, że odwołujący wykazał niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która została zmieniona w toku postępowania.

Ad c) Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności

metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący wskazał w pkt c zarzutów zaniechania zamawiającego naruszające przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez niewzewanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie tego przepisu, co do ceny oferty. Nie przedstawił zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, o której stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W części 5 uzasadnienia odwołania zamieścił wywód pod nazwą „Rażąco niska cena”, odnosząc treść do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp .

Przepis ten jednoznacznie wskazuje, że zamawiający jest uprawniony do oceny czy cena wydaje się być rażąco niska i czy budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Jeżeli wystąpią takie wątpliwości, wówczas ziszcza się przesłanka ze wskazanego przepisu – zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia, w szczególności ze względu na poziom oferowanych cen przez obu wykonawców, stosunek ceny oferty przystępującego do kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która również odzwierciedla ustaloną wartość zamówienia, a także ceny żywienia obowiązujące w 2018 roku z uwzględnieniem koniecznej waloryzacji wynikającej ze wzrostu kosztów osobowych i rzeczowych. Dodatkowo zamawiający zwiększył kwotę o 5% celem uwzględnienia koniecznej waloryzacji w roku 2019 (umowa zostanie zawarta na 12 miesięcy). Przyjęta wartość odpowiada cenom rynkowym.

Izba podzieliła też stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2258/17 (wskazanego w odpowiedzi na odwołanie), że przepis art. 90 ust. 1 jest skierowany wyłącznie do zamawiającego i o zastosowaniu przepisu decyduje ocena zamawiającego (czy cena wydaje się rażąco niska i czy powstają na tym tle wątpliwości co do realności ceny). W postępowaniu odwoławczym nie wykazano, by ocena dokonana przez zamawiającego była niewłaściwa.

Odwołujący przedstawiając zarzut obowiązany był do udowodnienia jego zasadności na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Dowód, jaki złożył na rozprawie, to wydruk ze strony internetowej firmy (Freedomatic) na potwierdzenie ceny wózków trzykomorowych – okazał się nietrafiony, bowiem nie dotyczył wózków przystępującego.

Przystępujący, w piśmie z dnia 4 grudnia 2018 r. złożonym na rozprawie, przedstawił obszerną argumentację (spełniając tym obowiązek wynikający z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp) dotyczącą: terminu dostarczenia posiłków, temperatury posiłków, wskazując w kartach charakterystyki termoportów na technologię (termoport typu blu box 26 eco), gdzie spadek temperatury w ciągu 5 godzin wynosi 10 stopni C. Spadek w ciągu 2 h jest minimalny, wynoszący 2 stopnie C.

Wskazał na powszechność dostarczania posiłków na znaczne odległości. Przyznał, że sam dostarcza posiłki na odległość ok. 76 km (Biskupiec – Nidzica), ok. 74 km (Bartoszyce – Olsztyn), ok. 72 km (Bartoszyce – Orzysz), złożył dowody: formularz ofertowy przystępującego, referencje, oświadczenie.

Podał również, że usługi takie świadczył/świadczy odwołujący: Kętrzyn – Pisz ok. 79 km, Olsztyn – Nidzica ok. 57,4 km, Olsztyn – Szczytno ok. 46,9 km, złożył dowody: formularze ofertowe odwołującego, mapy odległości drogowych.

Podniósł też, że inny wykonawca (wiodący podmiot z branży cateringowej) świadczy usługi pokonując odległość ok. 69 km, złożył dowody: oświadczenie i referencje tego wykonawcy (Catermed S.A.) oraz mapę odległości drogowej.

Odnosnie do ceny oferty wskazał, że nie ziszcila się przesłanka z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponadto odwołujący nie wykazał, że jest wątpliwe wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez przystępującego.

Zakwestionował prawidłowość postawienia zarzutów w odwołaniu, które dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, regulowane przepisami art. 138 g i nast.

Podniósł nieprawidłowość zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp, ze względu na jego niewymienienie w katalogu przepisów, które należy stosować w zamówieniach na usługi społeczne.

Odwołujący nie zakwestionował wskazanej argumentacji.

Reasumpcja: zamawiający nie zwracając się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień co do ceny oferty, nie naruszył przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad d) Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 7 ust. 2 (czynności związane z przygotowaniem oraz

przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm) i ust. 3 (zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy).

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędne jest wykazanie dokonania sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak orzekł też Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r. sygn. akt I ACa 231/07.

Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od ceny odwołującego nie dowodzi, że cena jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia (np. wyrok z dnia 20 marca 2009 r. KIO/UZP 284/09).

Należy podkreślić, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest tylko przykładowym przejawem czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jednakże nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyraził swoje stanowisko w „Interpretacji nowelizacji przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 241) wskazując – czynem nieuczciwej konkurencji jest tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą zostać spełnione przesłanki

z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1) – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) lub też w inny sposób utrudnia dostęp do rynku i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej.

Odwołujący wywiódł zarzut wyłącznie z domniemań i przypuszczeń, nie wykazał przesłanek do stwierdzenia zaistnienia naruszenia prawa w tym zakresie. Zdaniem Izby, odwołujący, na którym ciąży obowiązek dowodowy, nie wykazał popełnienia przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie do przepisu art. 3 ust. 1 uznk – odwołujący nie wykazując przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy nie wykazał też normy, a także dobrych obyczajów, które zostały naruszone czynnościami wykonawcy, co również podlegało udowodnieniu.

Ad e) Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Lekkomyślność jest formą winy nieumyślnej, polegającą na tym, że sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie przypuszcza, że popełnienia tego czynu uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Niedbalstwo, oznacza nieumyślne spowodowanie szkody lub czynu zabronionego.

Przeciwieństwem niedbalstwa jest staranność, troska, delikatność.

Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zamawiającego, że nie ma żadnych dowodów na to, że produkcja posiłków nie będzie realizowana w kuchni w Oświęcimiu wskazanej w ofercie przystępującego. Zamawiający wprowadził też do wzoru umowy prawo wizytacji kuchni (§ 17).

Również nie zostało nawet uprawdopodobnione, że przystępujący zamierzał wprowadzić zamawiającego w błąd poprzez wskazanie certyfikatu ISO 22000 w celu uzyskania wyższej punktacji w ocenie oferty.

Kuchnia w Oświęcimiu, posiadająca wymagany certyfikat, została zakwalifikowana jako właściwa do przygotowania posiłków na podstawie oferty (nie podważonej skutecznie) odpowiadającej wymaganiom SIWZ, a nie na podstawie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku i przepisów 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), zaliczając wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł (§ 3 pkt 1) oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1268 zł stanowiącą koszty związane: z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę na trasie Kraków - Warszawa - Kraków na podstawie biletów PKP oraz opłatą skarbową z tytułu pełnomocnictw na podstawie dowodów uiszczenia opłaty – przedłożonych do akt sprawy (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a).

Przewodniczący: