

WYROK

Warszawa, dnia 7 luty 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2024 r. przez odwołującego: **Naprzód Catering Sp. z o.o. z/s w Łodzi** (ul. Traktorowa 126/301, 91-204 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie** (ul. 3 Maja 116 09-227 Szczutowo),

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Naprzód Catering Sp. z o.o. z/s w Łodzi** (ul. Traktorowa 126/301, 91-204 Łódź) i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2024r. przez wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o. z/s w Łodzi (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Świadczenie usługi zbiorowego żywienia mieszkańców Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie wraz z dzierżawą kompleksu kuchennego i wyposażenia w okresie od 1 lutego 2024 roku do 31 stycznia 2025 roku”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr. 2023/BZP 00556451 w dniu 15 grudnia 2023 r.

Odwołujący podał: (...)

I. wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także na zaniechanie podjęcia czynności, do której Zamawiający był zobowiązany, tj.

a) wybór oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej;

b) zaniechanie uznania, że wykonawca Firma Usługowo-Handlowa „OLMARO” Sp. z o.o. nie posiada wymaganych zdolności w ramach warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie wykonawcy) i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” sp. z o.o.,

c) zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o., do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykazaniu się przez wykonawcę co najmniej jedną osobą z wykształceniem minimum średnim w zakresie technologii żywności lub dietetyki i co najmniej 3-letnim doświadczeniem w żywieniu osób, która będzie odpowiedzialna za wykonanie usługi w zakresie merytorycznym i jakościowym, a w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin — wnioskującego z przepisów prawa pracy;

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 116 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) 3) i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 PZP oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP przez poprzez wybór oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający powinien był uznać, że wykonawca ten nie posiada wymaganych zdolności w

ramach warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie wykonawcy), gdyż wskazana w złożonym przez wykonawcę wykazie osób (załączniku nr 5 do SWZ) w wierszu pierwszym M. C. nie ma możliwości sprawowania nadzoru nad wykonaniem zamówienia w drodze zatrudnienia na miejscu w kuchni zamawiającego w Szczutowie w pełnym wymiarze godzin pracy w sytuacji, gdy jednocześnie sprawuje funkcję prezesa zarządu tego wykonawcy, co jednocześnie świadczy o sprzeczności interesów wykonawcy, a w konsekwencji może prowadzić do negatywnego wpływu na wykonanie zamówienia - co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy,

2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) oraz w zw. z art. 359 pkt 2 i art. 266 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie wykonawcy), pomimo że wykonawca ten nie spełnia przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu, gdyż w złożonym przez siebie wykazie z dnia 11 stycznia 2024 r. w pierwszym wierszu do roli osoby nadzorującej wykonanie zamówienia wskazał osobę, co do której nie sposób stwierdzić, czy posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w żywieniu osób,

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 PZP przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta dotknięta jest wadami, które powodują jej odrzucenie, ewentualnie uniemożliwiały wybór tej oferty bez dokonania przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego czynności dodatkowych, usuwających te wady i umożliwiających merytoryczną ocenę oferty;

III. wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenie oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o.,

3. ewentualnie, wezwanie wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami — Załącznik nr 5 do SWZ,

4. ponowienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,

IV. wnoszę o przeprowadzenie dowodu ze znajdującego się w treści odwołania obrazu zrzutu ekranu z aplikacji Google Maps — celem wykazania, że siedziba Zamawiającego znajduje się w odległości 18,8 km od siedziby wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL- MARO” Sp. z o.o., zakładając pokonanie tej trasy samochodem,

V. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów uiszczonego wpisu od odwołania,

VI. oświadczam, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w wypadku stwierdzenia, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza została nieprawidłowo zbadana i w przypadku jej odrzucenia, to oferta Odwołującego podlega wyborowi jako oferta najkorzystniejsza jako sklasyfikowana na miejscu drugim w rankingu ofert. Ewentualnie, w wypadku, gdyby zwycięski wykonawca został wezwany do poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, w braku wykonania wezwania w tym przedmiocie jego oferta podlegać będzie odrzuceniu, a wyborowi jako najkorzystniejsza podlegać będzie oferta Odwołującego.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Stan faktyczny — wprowadzenie

(...) W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym oferta złożona przez Odwołującego oraz oferta złożona przez wykonawcę Firma Usługowo-Handlowa „OLMARO” sp. z o.o. (dalej iako „OL-MARO”). W dniu 11 stycznia 2024 r. Zamawiający ogłosił wyniki postępowania: jako najkorzystniejszą wybrał ofertę OL-MARO. Drugie miejsce zajęła oferta Odwołującego. Protokół postępowania został Odwołującemu doręczony w dniu 15 stycznia 2024 r.

Odwołujący nie zgadza się z takim wynikiem postępowania. Oferta OL-MARO została bowiem w pierwszej kolejności nieprawidłowo zbadana, na skutek czego została błędnie sklasyfikowana jako korzystniejsza od oferty Odwołującego, podczas gdy powinna zostać odrzucona, ewentualnie — poprawiona lub uzupełniona. Z tego powodu Odwołujący podnosi zarzuty wskazane w petitum odwołania, szczegółowo uzasadnione poniżej.

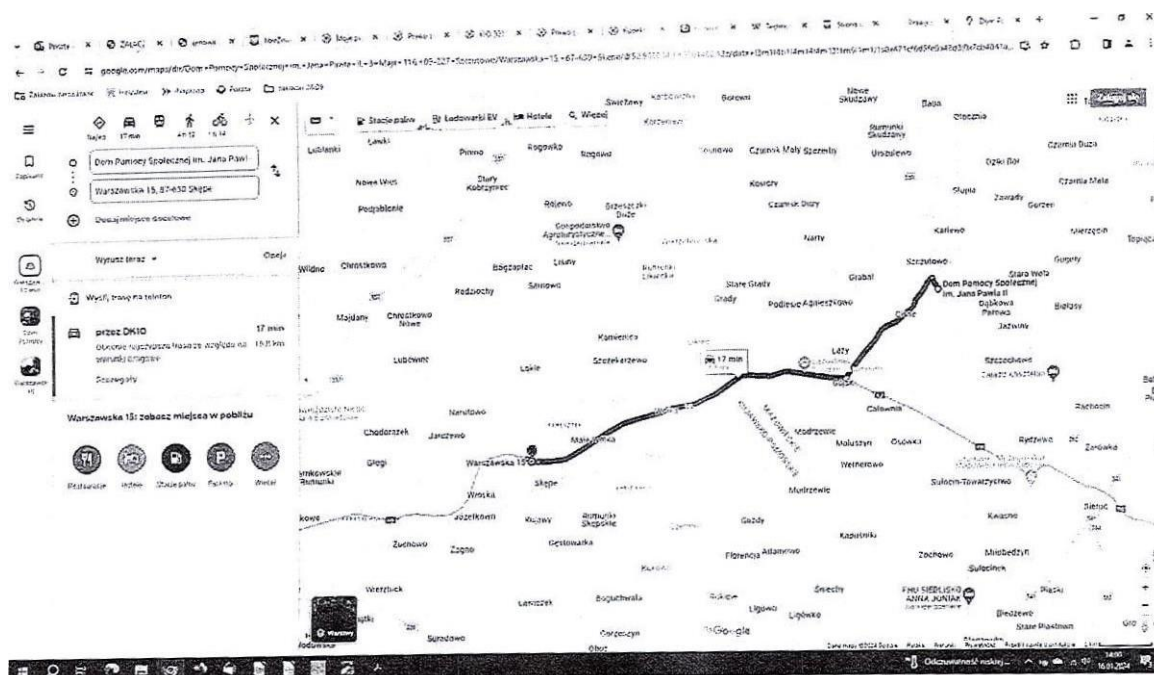
Ad. 1) zarzut z art. 116 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) 3) i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 PZP oraz w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 SWZ Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o treści następującej:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia przygotowywania posiłków — co najmniej jedną osobę z wykształceniem minimum Średnim w zakresie technologii żywności lub dietyki i co najmniej 3-letnim doświadczeniem w żywieniu osób, która będzie odpowiedzialna za wykonanie usługi w zakresie merytorycznym i jakościowym, a w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i

sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), wymiarze godzin — wynikającego z przepisów prawa pracy.

W wykazie osób, złożonym na wzorze z załącznika nr 5 do SWZ, który miał potwierdzać spełnienie powyższego warunku, wykonawca OL-MARO w wierszu pierwszym wskazał do nadzoru nad realizacją umowy panią M. C. (widać to mimo zakreślenia jej imienia i nazwiska flamastrem). Jest to osoba, która, zgodnie ze złożonym przez tego wykonawcę wydrukiem informacji z Krajowego Rejestru Sądowego, jest prezesem zarządu wykonawcy. Jest ona ponadto osobą czynną w realizacji usług gastronomicznych na rzecz innych niż Zamawiający kontrahentów wykonawcy. Jak widać z treści powyższego warunku udziału w postępowaniu, osoba wskazana przez wykonawcę do merytorycznego nadzoru nad przygotowywaniem posiłków powinna wykonywać pracę przeciętnie 8 godzin dziennie w przeciętnie 5-dniowym tygodniu pracy, przez przeciętnie 160 godzin miesięcznie przez okres realizacji zamówienia, tj. 12 miesięcy. Kuchnia Zamawiającego mieści się w Domu Pomocy Społecznej w miejscowości Szczutowo, w odległości 18,8 km od siedziby OL-MARO (poniżej dane według Google Maps na dzień 16 stycznia 2024 r.):



Jest to zupełnie nieprawdopodobne, aby osoba czynna jako prezes zarządu wykonawcy jednocześnie była zatrudniona w pełnym wymiarze czasu pracy na pełny etat w siedzibie kontrahenta. Jest to zatem bądź fikcyjne wskazanie, zaś w istocie pani M. C. nie wypełni zobowiązania wynikającego z tego warunku udziału w postępowaniu, bądź też będzie usiłowała pogodzić równoczesne wykonywanie pracy osoby nadzorującej wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego ze sprawowaniem funkcji prezesa zarządu wykonawcy. Obydwie te alternatywne sytuacje niewątpliwie negatywnie odbiją się na

wykonaniu zamówienia. Jak wynika ze wspomnianego wydruku informacji z Krajowego Rejestru Sądowego tego wykonawcy, M. C. jest jedynym członkiem zarządu, zaś prokurentów nie ustanowiono; jest to, w konsekwencji, jedyna osoba legalnie ustanowiona do reprezentacji tej osoby prawnej. Jest to zatem osoba, która z pewnością będzie musiała pojawiać się w siedzibie spółki, aby podpisywać dokumenty, zatrudniać pracowników, utrzymywać relacje z kontrahentami, uzyskiwać nowe zamówienia, odbywać spotkania, analizować dane finansowe spółki itp. Nie sposób bowiem uwierzyć, że prezes zarządu poświęci prowadzenie swojej spółki, byleby zrealizować zobowiązanie na rzecz kontrahenta — za działanie na szkodę spółki mógłby m. in. ponosić odpowiedzialność cywilnoprawną (art. 293 § 1 Kodeksu spółek handlowych).

Zgodnie z art. 116 ust. 2 Pzp, Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W konsekwencji, powyżej wykazano, że wykonawca OL-MARO z jednej strony posiada sprzeczne interesy — kieruje bowiem do wykonania zamówienia w pełnym wymiarze czasu pracy na pełen etat osobę, która jednocześnie ma liczne zobowiązania wobec niego samego, nie tylko z tytułu zatrudnienia, lecz przede wszystkim z tytułu pełnienia funkcji prezesa zarządu. Z drugiej zaś strony, wykonawca wskazał M. C. jako swoje zasoby osobowe, które są już obciążone innymi bieżącymi przedsięwzięciami tego przedsiębiorcy, jak i w ogóle prowadzeniem jego spraw jako prezes zarządu. Komentowany przepis może stanowić podstawę do wniesienia zarzutu przez wykonawcę, przeciwko wyborowi oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy zamawiający zaniechał jego zastosowania. Wynika to z wyroku (...) 3235/21, w którego stanie faktycznym taka sytuacja miała miejsce. Jak wskazano w tym wyroku, Ratio legis przepisu art. 116 ust. 2 p.z.p. jest ocena zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy rozumianej m.in. jako zdolność do realizacji zamówienia w sposób nieobciążony konfliktem interesów. Tym samym chodzi o obiektywną zdolność do realizacji danego zamówienia publicznego w warunkach wolnych od konfliktu interesów. A zatem okoliczność, iż wykonawca posiada personel wymagany przez zamawiającego nie jest każdorazowo wystarczająca do uznania, że wykonawca posiada wymagane zdolności. Istotne jest również to, aby dany personel mógł wykonywać swoje czynności w sposób nieskrępowany, rzetelny, profesjonalny, czyli właśnie w sytuacji braku konfliktu interesu. Niezależnie zaś od powyższego, podkreślić należy, że wykonawca nie ma obowiązku wykazywać istnienia negatywnego wpływu powyższych okoliczności na wykonanie zamówienia — z powodu brzmienia przepisu wystarczająca jest estymacja, że taka sytuacja może (w świetle oceny całokształtu okoliczności sprawy) prowadzić do

negatywnego wpływu na wykonanie zamówienia. Jak trafnie wskazano w doktrynie, Ustęp 2 [przepisu art. 116 — uwaga własna] wprost nie reguluje rodzaju sankcji wobec wykonawcy w przypadku uznania przez zamawiającego, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności. Należy jednak uznać, że wypełnienie się hipotezy normy prawnej ujętej w komentowanym ust. 2 uzasadnia w świetle nowego Prawa zamówień publicznych skutek w postaci odrzucenia oferty. Wynika to przede wszystkim z materii, do której przepis się odnosi (tj. oceny zdolności technicznej i zawodowej), jak też z założenia, że wyeliminowanie wykonawcy, którego podmiotowa ocena spełniania tych warunków udziału w postępowaniu (w znaczeniu pozytywnym, tj. odnoszącym się do posiadania pożądaných przez zamawiającego cech) da wynik negatywny. (...). Zatem Zamawiający w takiej sytuacji zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy; taka też sankcja miała miejsce wobec wykonawcy w wyżej przytoczonym wyroku KIO (...) 3235/21.

Ad. 2) zarzut z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) oraz w zw. z art. 359 pkt 2 i art. 266 PZP

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 SWZ Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o treści następującej:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia przygotowywania posiłków — co najmniej jedną osobę z wykształceniem minimum średnim w zakresie technologii Żywności lub dietetyki i co najmniej 3-letnim doświadczeniem w żywieniu osób, która będzie odpowiedzialna za wykonanie usługi w zakresie merytorycznym i jakościowym, a w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin — wynikającego z przepisów prawa pracy.

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 pkt 4 SWZ, na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami — Załącznik nr 5 do SWZ. Wykonawca OL-MARO przedstawił taki wykaz z dnia 11 stycznia 2024 r., w którym w wierszu pierwszym wskazał osobę, co do której w kolumnie „Wykształcenie” zadeklarował: „Wyższe — mgr inż. Technologii Żywności i Żywienia Człowieka UWM w Olsztynie, WSG w Bydgoszczy Studia Menedżerskie”, zaś w kolumnie „Doświadczenie zawodowe”: „23 lata pracy w zawodzie” Powyższe świadczy o konfuzji treści przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę OL-MARO. Zamawiający wymagał wskazania osoby nadzorującej wykonanie zamówienia — przygotowanie posiłków, która z jednej strony posiada wykształcenie co najmniej średnie w zakresie technologii żywności lub dietetyki, a z

drugiej strony legitymuje się co najmniej 3-letnim doświadczeniem w żywieniu osób. Deklaracja, którą należało złożyć w kolumnie „Doświadczenie zawodowe”, nie polegała zatem na prostym określeniu liczby lat, z odesłaniem do kolumny „Wykształcenie”, lecz na wskazaniu, czy osoba o podanym wykształceniu ma doświadczenie w żywieniu osób. Jak podaje Słownik Języka Polskiego, „żyć” oznacza w tym kontekście «dostarczać pożywienia; też: utrzymywać kogoś» (https://sjp.pwn.pl/szukaj/%C5%BCy_yienie.html , dostęp dnia 16 stycznia 2024 r.). Termin „żywienie osób” nie posiada definicji legalnej; poniekąd można odkodować jego prawną treść z definicji terminu „zakład żywienia zbiorowego”, znajdującego się w art. 2 ust. 2 lit. d rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylecia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004 (Dz. U. UE L z 2011 r., Nr 304, s. 1 8), zgodnie z którym "zakład żywienia zbiorowego" oznacza wszelkie zakłady (w tym pojazdy oraz nieruchomości lub ruchome punkty sprzedaży), takie jak restauracje, stołówki, szkoły, szpitale i przedsiębiorstwa świadczące usługi gastronomiczne, w których w ramach prowadzenia działalności gospodarczej przygotowuje się żywność gotową do spożycia przez konsumenta finalnego. W konsekwencji, przez „żywienie osób” należy rozumieć działalność stricte gastronomiczną, do której wykonywania nie ma prawnego wymogu uzyskania określonych uprawnień zawodowych. Zawód technologa żywności i żywienia nie musi się zaś wiązać z żywieniem osób. Zgodnie z informacjami znalezionymi na portalu Wikipedia, Technologia żywności i żywienia — dyscyplina naukowa znajdująca się dziedzinie nauk rolniczych w obszarze nauk rolniczych, leśnych i weterynaryjnych[1]. Zajmuje się metodami wytwarzania, przetwarzania, utrwalania i przechowywania żywności[2]. Technologia żywności i żywienia jest jednym z kierunków studiów prowadzonych na uczelniach[3]. Jest to kierunek studiów związany z naukami technicznymi, chemicznymi i biologicznymi. Zgodnie ze standardami kształcenia obejmuje on podstawy produkcji żywności i żywienia człowieka[4]. W ramach kształcenia studenci poznają:

- chemię żywności, jej mikrobiologię i analizę,
- bezpieczeństwo produkcji żywności,
- maszynoznawstwo i inżynierię procesową, projektowanie technologiczne,
- zasady żywienia człowieka,
- zarządzanie i ekonomikę przedsiębiorstw żywnościowych.

Jak widać z powyższego, działalność zawodowa technologa żywności i żywienia nie jest stricte powiązana z bezpośrednią usługą żywienia osób, lecz ma zakres co najwyżej

pokrewny do żywienia osób i wiąże się raczej z zagadnieniami technologicznymi, aniżeli kulinarnymi. W konsekwencji, podanie w ukazie osób, że wykonawca wskazuje do wykonania zamówienia technologa żywności i żywienia z 23-letnim doświadczeniem „pracy w zawodzie”, nie jest równoznaczne z tym, że osoba taka legitymuje się co najmniej 3-letnim doświadczeniem w żywieniu osób. W konsekwencji, nie można uznać, że wykonawca OL-MARO spełnił przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Oświadczenie w przedmiocie Wykształcenia i doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w w/w wykazie jako sprawującej nadzór nad realizacją umowy jest bowiem niejasne, nieprecyzyjne i nie pozwala na weryfikację, czy ten wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia w myśl art. 112 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 in initio Pzp, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie [...]. W konsekwencji, osób złożony przez wykonawcę OLMARO wg załącznika nr 5 do SWZ wymaga poprawienia i uzupełnienia przez tego wykonawcę, czego Zamawiający zaniechał. W razie niewykonania tego zobowiązania Zamawiającego zaś jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Ad. 3) zarzut z 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) 3) i w zw. z jej art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp.

Przedmiotowy zarzut ma charakter wynikowy. Skoro oferta OL-MARO została nieprawidłowo zbadana i powinna zostać odrzucona, a z ostrożności — ponownie zbadana, nie może się ostać czynność wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29/01/24) wniósł o oddalenie odwołania w całości ofert nie została odrzucona. (...) Zamawiający wezwał Wykonawcę Firmę Usługowo – Handlową „OL-MARO” Sp. z o.o. do złożenia wyszczególnionych w SWZ podmiotowych środków dowodowych do postępowania, które przez Wykonawcę zostały przesłane w wyznaczonym terminie. W dniu 11 stycznia 2024 roku Zamawiający zawiadomił podmioty, które złożyły oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty i zamieścił zawiadomienie na swojej stronie internetowej. Tego samego dnia Naprzód Catering Sp. z o.o. zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie dokumentów dotyczących najkorzystniejszej oferty. Zeskanowane dokumenty zostały przekazane zgodnie z życzeniem do Naprzód Catering Sp. z o.o. W dniu 15 stycznia 2024 roku Zamawiający został poproszony przez Naprzód Catering Sp. z o.o. o oryginały dokumentów składających się na ofertę Firmy Usługowo-Handlowej „OL-MARO” Sp. z o.o. lub przesłanie potwierdzenia weryfikacji podpisów elektronicznych, ponieważ nie miał możliwości zweryfikowania poprawności podpisu elektronicznego

Oferenta – Firmy Usługowo-Handlowej „OL-MARO” Sp. z o.o. Zamawiający dokonał weryfikacji poprawności podpisów na ofercie i załącznikach, a następnie wynik weryfikacji dokumentów przesłał do Naprzód Catering Sp. z o.o. W dniu 16 stycznia 2024 roku Zamawiający otrzymał odwołanie do postępowania na „Świadczenie usługi zbiorowego żywienia mieszkańców Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie wraz z dzierżawą kompleksu kuchennego i wyposażenia w okresie od 1 lutego 2024 roku do 31 stycznia 2025 roku”. Tego samego dnia Zamawiający przekazał treść odwołania Firmy Naprzód Catering Sp. z o.o. pozostałym dwóm oferentom. Zamawiający podtrzymuje, że oferta Firmy Usługowo – Handlowej „OL-MARO” Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą. Oferta ta wybrana została zgodnie z art. 242 ust. 1 pkt 1) w związku z art. 239 ust. 1 ustawy, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), którymi były:

1. Kryterium 1 - Cena (brutto) - 80 % (80 pkt)

2. Kryterium 2 - Kryterium społeczne – Zatrudnienie 1 osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w

Wyżej wymieniony Wykonawca zdaniem Zamawiającego spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu. Jego oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans w odniesieniu do kryteriów oceny ofert przyjętych w niniejszym postępowaniu. Wykonawca w złożonej ofercie, w ramach kryteriów oceny ofert otrzymał:

1) w kryterium Nr 1 - 80 punktów, za zrealizowanie zamówienia, za kwotę 783.968,34 zł brutto;

2) w kryterium Nr 2 – 20 punktów, za zatrudnienie 1 osoby niepełnosprawnej do wykonywania czynności w

W ocenie punktowej oferta otrzymała łącznie 100 punktów, obliczonych zgodnie ze wzorem określonym w SWZ. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca tj. Firma Usługowo – Handlowej „OL-MARO” Sp. z o.o. posiada wymagane zdolności w ramach warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie wykonawcy) co zgodnie jest z zapisem w SWZ (ROZDZ. VIII ust. 2. pkt 4), który brzmi: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia – przygotowywania posiłków – co najmniej jedną osobę z wykształceniem minimum średnim w zakresie technologii żywności lub dietetyki i co najmniej 3-letnim doświadczeniem w żywieniu osób, która będzie odpowiedzialna za wykonanie usługi w zakresie merytorycznym i jakościowym, a w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin – wynikającego z przepisów prawa pracy”*.

Zamawiający do roku 2013 prowadził kuchnię samodzielnie. Jedną z pracownic, która od 2013 roku kierowana jest przez Zamawiającego do realizacji zamówienia posiada wykształcenie średnie w zakresie technik żywienia i gospodarstwa/specjalność dietetyk oraz posiada wieloletnie doświadczenie w żywieniu osób. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, aktualnie również świadczą usługę prowadzenia kuchni,

przygotowywania i dystrybucji posiłków, korzysta z jej wiedzy i doświadczenia, tak jak korzystali inni wykonawcy, w tym także Odwołujący świadczący wcześniej usługę żywienia naszych mieszkańców pod nazwą: Jol-Mark Sp. z o.o. ul. Portowa 16G,44-100 Gliwice oraz Naprzód Service Sp. z o.o. ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź.

W załączniku nr 6 do SWZ „Wykaz osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia” w wierszu 6 wykonawca wyraźnie wskazuje, iż nadzór nad pracą kuchni, organizacją pracy, przygotowywania dań, gotowania dań i wydawania dań będzie wykonywał pracownik skierowany przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał powyższą osobę, ponieważ osoba ta niezmiennie od lat kierowana jest przez Zamawiającego do pracy w kuchni ze względu na posiadane kwalifikacje i długoletnie doświadczenie zawodowe.

Odwołujący niesłusznie więc obawia się, iż osoba wskazana w wierszu 1 powyższego załącznika nie wypełni zobowiązania wynikającego z powyższego warunku. Organizacja pracy należy do wykonawcy. Zgodnie z definicją (Michalski E., 2013, s. 20) organizacja pracy jest określeniem co należy zrobić oraz kto ma to zrobić, aby ta działalność przynosiła zaplanowane efekty.

Zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ osoba wskazana w wierszu 1 jest odpowiedzialna za nadzór nad realizacją umowy a nie nad pracą w kuchni. Zamawiający w SWZ wymaga aby osoba nadzorująca pracę w kuchni posiadała wykształcenie minimum średnie w zakresie technologii żywności lub dietetyki i co najmniej 3-letnie doświadczenie w żywieniu osób i ta osoba będzie odpowiedzialna za wykonanie usługi w zakresie merytorycznym i jakościowym, a w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin i ten warunek spełnił Wykonawca: Firma Usługowo – Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o. wskazując do realizacji zamówienia pracownika Zamawiającego kierowanego od 2013 roku do pracy w kuchni na podstawie Porozumienia w sprawie przejścia pracowników na podstawie art.174(1) §1 Kodeksu pracy. Zamawiający nie organizuje pracy wykonawcy tylko wymaga jej należytego wykonywania w związku z czym Zamawiający wskazuje w ROZDZIALE VIII ust. 6 SWZ swoje uprawnienia do działań kontrolnych na każdym etapie realizacji umowy oraz ROZDZIAŁ IX ust 3 „Zamawiający zastrzega sobie prawo do oceny i weryfikacji wszystkich parametrów wykonania zleconej usługi na każdym etapie produkcji i dostawy posiłków...”. W przypadku gdy Zamawiający uzna, że wykonawca realizuje umowę w sposób wadliwy albo realizuje zamówienie sprzecznie z umową lub w razie jakichkolwiek innych zastrzeżeń do sposobu wykonywania usługi żywienia, będzie podejmował odpowiednie kroki, o czym mówi § 17 ust 1 pkt 2) Projektu umowy „Zamawiający może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym za powiadomieniem Wykonawcy na piśmie w przypadku powtarzających się naruszeń

należytego wykonania przedmiotu umowy (trzy razy w miesiącu) stwierdzonych na podstawie protokołu kontroli przeprowadzonej przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego”. Zdaniem Zamawiającego wymieniony wyżej Wykonawca posiada wymagane zdolności w ramach warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie Wykonawcy). Zamawiający określając ten wymóg zakłada, że Wykonawca przystępując do realizacji powyższego zamówienia wykorzysta doświadczenie pracowników Zamawiającego, co niewątpliwie wpłynie pozytywnie na realizację zamówienia, tym bardziej, że w okresie realizacji zamówienia pracownik ten będzie zatrudniony na miejscu, w DPS i może sprawować nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin. Wykonawca Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o., świadczący aktualnie usługę przygotowania i dystrybucji posiłków dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie zatrudnia pracownika Zamawiającego do sprawowania nadzoru nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin. Zamawiający pragnie nadmienić, iż aktualnie realizacja przedmiotu zamówienia przebiega bez jakichkolwiek zarzutów z należytą starannością profesjonalisty w działalności objętej przedmiotem zamówienia.

Odwołujący oświadczył w pkt 6 Odwołania, iż „posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w wypadku stwierdzenia, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza została nieprawidłowo zbadana i w przypadku jej odrzucenia, to oferta Odwołującego podlega wyborowi jako oferta najkorzystniejsza jako sklasyfikowana na miejscu drugim w rankingu ofert. Ewentualnie, w wypadku, gdyby zwycięski wykonawca został wezwany do poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, w braku wykonania wezwania w tym przedmiocie jego oferta podlegać będzie odrzuceniu, a wyborowi jako najkorzystniejsza podlegać będzie oferta Odwołującego”. Odwołujący jednakże nie wziął pod uwagę tego, iż Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył maksymalnie kwotę 833.219,57 zł brutto, a oferta Odwołującego opiewa na kwotę 973 278,18 zł brutto. Różnicę stanowi kwota 140.058,61 zł brutto. Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty Odwołującego. Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie jest jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, działającą jako jednostka budżetowa Powiatu Sierpeckiego. Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązana jest dokonywać wydatków w sposób celowy, oszczędny i racjonalny. Zwiększenie kwoty świadczonej usługi o ponad 140 tysięcy złotych jest niezasadne z uwagi na fakt, że dokumentacja Oferty Firmy Usługowo – Handlowej „OL-MARO” Sp. z o.o. nie jest wadliwa. Zamawiający podtrzymuje, że oferta firmy Usługowo – Handlowej „OL-MARO” Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że wnoszący odwołanie wykonawca Naprzód Catering Sp. z o.o. z/s w Łodzi – uwzględniając art. 505 ust.1 ustawy Pzp składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miał interes w uzyskaniu tego zamówienia. W myśl bowiem wskazanego przepisu: *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, (...), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia (...) oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”* Okoliczność wskazana przez Zamawiającego odnośnie kwoty środków niższej, aniżeli kwota wynikająca z ceny oferty Odwołującego i braku możliwości jej podwyższenia mogłaby co najwyżej stanowić podstawę do unieważnienia przedmiotowego postępowania w sytuacji wyboru tej oferty. Tu należy wskazać na przesłankę z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w myśl której: *„ Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) 3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty (...).*

Tym samym Izba nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego, co do braku interesu Odwołującego we wniesieniu tego odwołania.

Rozpoznając z kolei zarzuty podnoszone w odwołaniu Izba uznała, że są one niezasadne.

Kluczowy zarzut związany z oceną i wyborem jako najkorzystniejszej oferty Firmy Usługowo-Handlowej „OL-MARO” Sp. z o.o. (wykonawca OL-MARO) Odwołujący odniósł do braku wykazania przez tego wykonawcę posiadania wymaganych zdolności w ramach warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie wykonawcy), *„gdyż wskazana w złożonym przez wykonawcę wykazie osób (załączniku nr 5 do SWZ) w wierszu pierwszym M. C. nie ma możliwości sprawowania nadzoru nad wykonaniem zamówienia w drodze zatrudnienia na miejscu w kuchni zamawiającego w Szczutowie w pełnym wymiarze godzin pracy w sytuacji, gdy jednocześnie sprawuje funkcję prezesa zarządu tego wykonawcy, co jednocześnie świadczy o sprzeczności interesów wykonawcy, a*

w konsekwencji może prowadzić do negatywnego wpływu na wykonanie zamówienia - co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy”.

Warunek udziału do którego odnosi się zarzut dotyczy rozdziału VIII ust. 2 pkt 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), a który stanowi:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia przygotowywania posiłków — co najmniej jedną osobę z wykształceniem minimum Średnim w zakresie technologii żywności lub dietetyki i co najmniej 3-letnim doświadczeniem w żywieniu osób, która będzie odpowiedzialna za wykonanie usługi w zakresie merytorycznym i jakościowym, a w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), wymiarze godzin — wynikającego z przepisów prawa pracy.

W odniesieniu do wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej - warunku opisanego powyżej - Zamawiający zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 SWZ wymagał złożenia Wykazu osób (...), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami – Załącznik nr 6 do SWZ (a nie nr 5 jak wskazano w SWZ i odwołaniu).

Wykonawca FH-U „OL-MARO” wskazał 7 osób, w tym w pozycji 1 p. M. C. a w pozycji 6 i 7 nie wymienił konkretnych osób zaznaczając że dotyczy to pracowników skierowanych przez Zamawiającego.

Lp.	Imię i nazwisko	Rola w realizacji zamówienia	Wykształcenie	Doświadczenie zawodowe	Informacja o podstawie dysponowania osobą*
-----	-----------------	------------------------------	---------------	------------------------	--

1.	M. C.		Nadzór nad realizacją umowy/ żywności	Wyższe – mgr inż. Technologii Żywności i Żywienia Człowieka UWM w Olsztynie, WSG w Bydgoszczy Studia Menedżerskie	23 lata pracy w zawodzie	Umowa o pracę
----	-------	--	---------------------------------------	---	--------------------------	---------------

6.		Nadzór nad pracą kuchni, organizacja pracy, przygotowanie dań, gotowanie dań, wydanie				Umowa o pracę – pracownik skierowany przez Zamawiającego
----	--	---	--	--	--	--

	dań.			
--	------	--	--	--

Z punktu 6 Wykazu bezspornie wynika, że *Nadzór nad pracą kuchni, organizacją pracy oraz przygotowywaniem dań, ich gotowaniem i wydawaniem* do którego referuje wskazany powyżej warunek ma wykonywać pracownik Zamawiającego. Natomiast osoba wskazana w wierszu 1 (p. C.) jest odpowiedzialna za nadzór nad realizacją umowy a nie nad pracą w kuchni do czego odnosi się stawiany zarzut.

Izba zwraca uwagę, że tylko w odniesieniu do osoby z pozycji 6 - tak jak podkreślał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (...)SWZ *wymaga aby osoba nadzorująca pracę w kuchni posiadała wykształcenie minimum średnie w zakresie technologii żywności lub dietetyki i co najmniej 3-letnie doświadczenie w żywieniu osób i ta osoba będzie odpowiedzialna za wykonanie usługi w zakresie merytorycznym i jakościowym, a w okresie realizacji zamówienia będzie zatrudniona na miejscu, w DPS i sprawowała nadzór nad pracą zespołu kuchni (kucharze i pomoce kuchni), w pełnym wymiarze godzin i ten warunek spełnił Wykonawca: Firma Usługowo – Handlowa „OL-MARO” Sp. z o.o. wskazując do realizacji zamówienia pracownika Zamawiającego kierowanego od 2013 roku do pracy w kuchni (...)*

Izba zwraca również uwagę na postanowienia w SWZ w rozdziale VIII w punkcie 5: (...)

5. *Wymagania w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy:*

1) *realizacja niniejszego zamówienia musi odbywać się poprzez wykonywanie czynności w warunkach określonych w art. 22 § 1 ustawy (...) Kodeks pracy (..) – na rzecz Wykonawcy, w miejscu i czasie wskazanym przez Wykonawcę. Zamawiający, zgodnie z art. 95 ustawy Pzp stawia wymóg w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy. Rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez Wykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia to:*

1. *przygotowywanie, gotowanie i wydawanie posiłków.*
 2. *Zamawiający wyraża zgodę na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenie wyłącznie w przypadku nagłych i niespodziewanych nieobecności pracownika zatrudnionego na umowę o pracę wynikających z przyczyn losowych.*
- 2) *Wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia zatrudni dwóch pracowników Zamawiającego.*

3) pracownicy, o których mowa powyżej zatrudnieni będą na podstawie umowy o pracę, zgodnie z art. 23¹§1 Kodeksu pracy, a Wykonawca będzie pracodawcą dla tychże pracowników. (...)

Tym samym wykonawca OL-MARCO, którego oferta została wybrana potwierdził posiadanie wymaganych zdolności w ramach warunku co do zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie Wykonawcy), o których stanowi wymaganie z rozdziału VIII ust. 2 pkt 4 SWZ. Ten warunek bowiem nie dotyczy zakresu prac opisanych pod pozycją 1 Wykazu tego wykonawcy.

Mając powyższe ustalenia na uwadze podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia (1) art. 116 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) 3) i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 PZP oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP oraz (2) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) oraz w zw. z art. 359 pkt 2 i art. 266 Pzp i (3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp w związku z wyborem oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „OL-MARCO” Sp. z o.o. jako najkorzystniej w przedmiotowym postępowaniu należało uznać za niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 2 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba w szczególności zwraca uwagę – wobec wniosku pełnomocnika zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów według norm przepisanych, że zgodnie z § 5 pkt 2 wskazanego rozporządzenia Izba orzeka o uzasadnionych kosztach postępowania odwoławczego strony lub uczestnika w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4 tylko na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy do czasu zamknięcia rozprawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....