

Sygn. akt *XXIII Zs 133/22*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

| | |
|-----------------|------------------------------|
| Przewodniczący: | sędzia Anna Janas |
| Protokolant: | sekr. sądowy Dariusz Książyk |

po rozpoznaniu w dniu 25 listopada 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego Zespołu Szkół Ogólnokształcących nr (...) w L.

na skutek skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 3 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1857/22

I. oddala skargę;

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. na rzecz Zespołu Szkół Ogólnokształcących nr (...) w L. 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Anna Janas

Sygn. akt *XXIII Zs 133/22*

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zespół Szkół Ogólnokształcących nr (...) w L. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa przygotowywania, dostarczania i podawania posiłków dla uczniów w Zespole Szkół Ogólnokształcących nr (...) w L..

W dniu 13 lipca 2022 roku wykonawca (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. 1) określenie pozacenowego kryterium oceny ofert; 2) na projektowane postanowienia umowy. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

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

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

2. art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. art. 8 ust. 1 zw. z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 oraz art. 5 w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zawarcie w załączniku nr 6 do SWZ - Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, w wysokości 50% wartości brutto umowy, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy znacznej części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1:

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

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

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

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

Brak certyfikatu ISO 14001 w ofercie - 0 pkt

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

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

Brak certyfikatu ISO 22000 w ofercie - 0 pkt”.

2. w zakresie zarzutu nr 2:

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

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w części dotyczącej zarzutu nr 1 odwołania, tj. naruszenia art. 240 ust 2 w zw. z art 242 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. żart. 359 pkt2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp przystąpił wykonawca (...) Spółka akcyjna w G. (przystępujący).

W wyroku z dnia 3 sierpnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 umorzyła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 32 Pzp w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 oraz art. 5 w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c. zw. z art. 266 Pzp poprzez zawarcie w załączniku nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia - Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, w wysokości 50% wartości brutto umowy; w pkt 2 oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie i w pkt 3 obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

W toku postępowania Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako: Izba, KIO) ustaliła, że Zamawiający w dniu 8 lipca 2022 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na usługę przygotowywania, dostarczania i podawania posiłków dla uczniów w Zespole Szkół Ogólnokształcących nr (...) w L. (nr ogłoszenia: (...)). W ogłoszeniu o zamówieniu i w rozdziale XX SWZ zamawiający przewidział kryteria oceny ofert. W rozdziale XX ust. 2 SWZ zamawiający wskazał, iż za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta (spośród ofert nieodrzuconych) zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

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

Zamawiający określił w SWZ, iż wymaga podania w formularzu ofertowym liczby lat doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi. W odniesieniu do kryterium „Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi zamawiający określił, iż przyzna punkty za zadeklarowane w Formularzu oferty - Załącznik nr 1 do SWZ, doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi. Opis kryterium nr 3 Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K):

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

Doświadczenie kucharza/kucharki powyżej 4 lat - 30 pkt.

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

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

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

Doświadczenie kucharza/kucharki poniżej 1 roku -0 pkt

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

b) SWZ poprzez zastąpienie fragmentu:

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

a) (...)

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

sformułowaniami:

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

a) (...)

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

c) (-)”

W piśmie procesowym z dnia 21 lipca 2022 roku odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z tego powodu, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne. W piśmie procesowym z dnia 3 sierpnia 2022 roku odwołujący wniósł o: umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 2; uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu nr 1; nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, iż odwołanie podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr 2 odwołującego na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie KIO oddaliła odwołanie, oceniając je jako bezzasadne.

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

W dalszej kolejności KIO wskazała, że istota zarzutu polega na tym, że - jak podnosi odwołujący - zamawiający zamierza weryfikować kryterium jakościowe odnoszące się do doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) na podstawie zadeklarowania przez wykonawcę w formularzu oferty spełnienia tych kryterium. Odwołujący podniósł, że opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie ww. kryterium nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

Następnie mając na uwadze treść przepisów art. 240 ust. 1 oraz art. 242 ust. 1 i 2 Pzp, KIO zaznaczyła, że opis kryterium oceny ofert może odwoływać się tylko do informacji zawartych w samej ofercie. Może on również referować do informacji zawartych w przedmiotowych środkach dowodowych, ale nie jest to warunek sine qua non. Natomiast treści art. 104 i nast. Pzp wynika, że zamawiający - w celu potwierdzenia spełniania kryteriów - może żądać przedmiotowych środków dowodowych. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „może żądać” oznacza, że jest to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Do zamawiającego zatem należy decyzja, czy i jakich przedmiotowych środków dowodowych będzie żądał dla potwierdzenia kryteriów oceny ofert.

KIO zwróciła również uwagę na zawarte w odwołaniu żądanie odwołującego na wypadek, gdyby Izba uwzględniła podniesiony przez niego zarzut. Wydaje się, że w sytuacji, gdy odwołujący podnosi niezasadność oceny oferty na

podstawie kryterium, w zakresie którego zamawiający żąda wyłącznie oświadczenia wykonawcy, logicznym byłoby, by odwołujący zażądał wskazania przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych, które wykonawcy obowiązani byłiby złożyć dla wykazania spełniania tego kryterium. Tymczasem odwołujący wniósł o usunięcie zakwestionowanego kryterium i wprowadzenie w jego miejsce kryterium zupełnie innego, odnoszącego się do cech wykonawcy, tj. do posiadanego przez niego certyfikatu ISO. W sytuacji, w której odwołujący nie zakwestionował samej istoty kryterium, ale odnosił się wyłącznie do kwestii jego wykazania, podniesione żądanie zostało uznane przez KIO za nieuzasadnione i mające na celu wyłącznie poprawienie sytuacji odwołującego w postępowaniu względem innych wykonawców biorących w nim udział.

Końcowo, odnosząc się do wniosku odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego z tego powodu, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne, KIO wskazała, że nie znalazła podstaw do uwzględnienia zgłoszonego wniosku.

Z uwagi na powyższe KIO orzekła jak na wstępie. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Skargę od powyższego rozstrzygnięcia wywiódł Odwołujący, zaskarżając orzeczenie w część tj. w zakresie pkt 2 i 3, zarzucając orzeczeniu naruszenie:

1. art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 513 pkt 1 Pzp przez jego błędne niezastosowanie i oddalenie odwołania w całości, podczas gdy podlegało ono uwzględnieniu, gdyż określone przez Przeciwnika skargi kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi o wadze 30 punktów przyznawanych na podstawie wyłącznie deklaracji wykonawcy w formularzu oferty, było niedopuszczalne, z uwagi na brak określonych sposobów weryfikacji deklaracji wykonawcy,
2. art. 240 ust 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie za dopuszczalne określone przez Przeciwnika skargi kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi o wadze 30 punktów przyznawanych na podstawie wyłącznie deklaracji wykonawcy w formularzu oferty, w sytuacji gdy Przeciwnik skargi nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców;
3. art. 104 Pzp i następnie poprzez błędną wykładnię pojęcia „może żądać przedmiotowych środków dowodowych” bez uwzględnienia treści art. 240 ust. 2 Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek takiego określenia jakościowego kryterium oceny ofert, aby możliwe było ich zweryfikowanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia.

W oparciu o treść powyższych zarzutów Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie odwołania oraz stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy - na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp w zw. z art. 588 ust. 2 Pzp oraz poprzez zasądzenie na rzecz Skarżącego od Przeciwnika skargi zwrotu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto Skarżący wniósł zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania przed Sądem, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia uprawomocnienia się orzeczenia do dnia zapłaty.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, z uwzględnieniem faktu, iż w drugiej instancji sprawę prowadzi inny radca prawny oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł. Zamawiający wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci: informacji z dnia 19 sierpnia 2022 r. o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, którego dotyczy skarga oraz umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 30 sierpnia 2022 r. zawartej w formie elektronicznej.

Postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 25 listopada 2022 r. Sąd Okręgowy w Warszawie dopuścił dowody zgłoszone w odpowiedzi na skargę na okoliczność stanu zamówienia i zawartej umowy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz¹ pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. poz. 2020) - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych do niniejszego postępowania skargowego stosuje się przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Przechodząc do oceny merytorycznej sprawy, wskazać należy, że w ocenie Sądu Okręgowego, skarga Odwołującego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przechodząc do analizy zarzutów strony skarżącej zaznaczyć należy, iż koncentrują się one wokół dopuszczalności opisu kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi, bez jednoczesnego określenia sposobów weryfikacji oświadczenia wykonawcy na podstawie innych dokumentów.

Początkowo wskazać należy, iż w myśl art. 240 ust. 2 Pzp kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Zgodnie zaś z treścią art. 242 ust 1 Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. W doktrynie wskazuje się, że opis kryteriów oceny ofert zawiera informację dla wykonawców, które cechy przedmiotu zamówienia będą brane przez zamawiającego pod uwagę przy zastosowaniu danego kryterium. Warto zwrócić uwagę, że opis kryterium oceny ofert może odwoływać się nie tylko do informacji zawartych w samej ofercie, ale również do informacji zawartych w przedmiotowych środkach dowodowych, których złożenia wraz z ofertą zamawiający wymaga od wykonawcy i które, zgodnie z definicją (art. 7 pkt 20 Pzp), mają służyć m.in. potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Dokumenty te nie podlegają uzupełnieniu, jeżeli służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (art. 107 ust. 3 Pzp). Opis kryteriów oceny ofert powinien zatem stanowić dla wykonawców jednoznaczną informację, które dane będą zamawiającemu potrzebne w celu porównania ofert w ramach danego kryterium (ewentualnie, w jaki sposób te dane powinny być przedstawione, np. w przypadku próbek, planów, projektów, wzorów, w jakim formacie, w jaki sposób przekazane zamawiającemu itp.). Ponieważ opis kryteriów oceny ofert jest informacją kierowaną do wykonawców i ma wpływ na sposób przygotowania przez nich ofert, informacja ta powinna być sformułowana w sposób jednoznaczny i dla nich zrozumiały (Hubert Nowak, Mateusz Winiarz [red.], Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021).

Mając na uwadze powyższe przepisy warto również przytoczyć treść uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), gdzie w art. 91 ust. 2d wskazywano, iż zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Zwrócić zatem należy uwagę, iż o ile z uchylonej już ustawy można było wywodzić obowiązek sprawdzenia przez zamawiającego informacji przedstawianych przez wykonawców w zakresie kryteriów oceny ofert, o tyle obecna regulacja mówi o konieczności takiego opisu kryteriów oceny ofert, aby możliwa była weryfikacja i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach. Wskazać również należy, iż na gruncie obecnie obowiązującej ustawy wprowadzono istotną zmianę, bowiem zdefiniowano pojęcie „przedmiotowych środków dowodowych” oraz wprowadzono szczególne regulacje odnoszące się do możliwości wymagania przedmiotowych środków dowodowych przez zamawiającego. Nowe Pzp nie przewiduje, w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, jakiegokolwiek innego dowodu, aniżeli przedmiotowych środków dowodowych zdefiniowanych w art. 7 pkt 20 Pzp. Niezależnie jednak od rodzaju przedmiotowego środka dowodowego (art. 104-107 Pzp) ustawodawca w odniesieniu do każdego z nich wskazuje, iż zamawiający ma możliwość tj. może żądać od wykonawców złożenia określonego przedmiotowego środka dowodowego. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie KIO przedmiotowe środki dowodowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnią dwie role. Mogą one służyć ocenie zgodności zaoferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty, jak również potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, co wprost wynika z art. 105 ust. 1 Pzp (Wyrok KIO z 6.08.2021 r., KIO 1698/21, LEX nr 3260781). Ponadto jak słusznie wskazuje się w doktrynie przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią części oferty, ale mają służyć potwierdzeniu tego, co jest zawarte w treści oferty wykonawcy. Ze względu zaś na funkcję, jaką pełnią zasadą jest, że powinny one być składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego razem z ofertą (Hubert Nowak, Mateusz Winiarz [red.], Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021). Wobec powyższych rozważań uznać zatem należy, iż celem art. 240 ust. 2 Pzp nie jest nakładanie na zamawiającego obowiązku wymagania przedmiotowych środków dowodowych, lecz takie opisanie kryteriów oceny ofert, żeby możliwa była ich weryfikacja na podstawie informacji znajdujących się w ofercie wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe ocenić należy, za Izbą, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający w sposób precyzyjny określił, w jaki sposób będzie przyznawał punkty w zakresie zakwestionowanego kryterium jakościowego, odnoszącego się do wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki), a określone zasady są obowiązujące wobec wszystkich wykonawców. Sąd Odwoławczy podziela również ocenę KIO, iż nie można uznać jakoby ocena oferty wykonawcy przez zamawiającego, w zakresie zakwestionowanego kryterium jedynie na podstawie oświadczenia wykonawcy wskazanego w formularzu ofertowym, stanowiłaby naruszenie obecnie obowiązujących przepisów Pzp. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż opis kryterium oceny ofert może odwoływać się tylko do informacji zawartych w samej ofercie, bądź może także referować do informacji zawartych w przedmiotowych środkach dowodowych, jednakże nie jest to warunek konieczny, co też obrazują powyższe rozważania. Nie można uznać za Skarżącym, iż niniejsze rozstrzygnięcie Izby jest niezgodne z dotychczasową linią orzecniczą wykształconą przed tut. Sądem. Słusznie bowiem zauważył Przewodniczący Skargi, iż wyroki przywołane przez Skarżącego wydane zostały w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę Pzp z 2004 r. Jak zaś wskazywano powyżej obecnie obowiązujące przepisy, wprowadzające m.in. definicję przedmiotowych środków dowodowych oraz możliwość ich żądania, nie obligują zamawiającego do żądania dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, lecz dają zamawiającemu wybór co do tego, czy i jakichkolwiek środków dowodowych będzie żądał. W ocenie Sądu Okręgowego zastosowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert należy uznać za zgodne z obecnie obowiązującymi przepisami Pzp, a w szczególności z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Z przepisu wynika, że kwalifikacje, czy doświadczenie personelu wykonawcy może stanowić kryterium oceny oferty tylko pod warunkiem, że personel ten będzie miał istotny wpływ na jakość

wykonania zamówienia. Zamawiający nie może zatem objąć kryteriami oceny ofert kwalifikacji czy doświadczenia jakichkolwiek osób, ale muszą to być osoby, których praca znacząco przekłada się na jakość wykonania zamówienia (Wyrok KIO z 4.02.2022 r., KIO 3579/21, LEX nr 3351496). Nie można zatem podzielić stanowiska Skarżącego w zakresie naruszenia przez Izbę przepisów Pzp, odnoszącego się do kwestionowania dopuszczalności opisanego kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi bez jednoczesnego określenia sposobów weryfikacji oświadczenia wykonawcy na podstawie innych dokumentów tj. w szczególności zarzutu naruszenia prawa materialnego art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp a także art. 104 i następnego Pzp. W konsekwencji powyższego na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia prawa procesowego art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 513 pkt 1 Pzp, wobec braku podstaw do uznania czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia za niezgodną z przepisami ustawy, a tym samym braku naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Końcowo zauważyć należy, iż w skardze brak jest wskazania, w czym w istocie miałyby się przejawiać naruszenie przez KIO przepisów art. 16 pkt 1 Pzp, art. 266 Pzp oraz art. 359 pkt 2 Pzp. Argumentacja Skarżącego koncentruje się jedynie na błędnej wykładni art. 240 ust. 2 Pzp z uwagi na linię orzeczniczą tut. Sądu wykształconą w oparciu o uprzednio obowiązującą ustawę Pzp z 2004 r. Niemniej jednak wskazać należy, iż w ocenie Sądu Odwoławczego w niniejszej sprawie nie można uznać, ażeby Izba naruszyła przepisy art. 266 Pzp oraz art. 359 pkt 2 Pzp. Wskazać bowiem należy, iż przepisy te, stanowiące odniesienie do odpowiedniego stosowania przepisów ustawy Pzp do zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, nie dotyczą osi niniejszego sporu. W przypadku zaś art. 16 pkt 1 Pzp, w myśl którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, wskazać należy, iż tut. Sąd, podziela stanowisko Izby i uznaje zastosowane przez Zamawiającego przedmiotowe kryterium oceny oferty za jasne, przejrzyste i zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Mając bowiem na uwadze zastosowane przez Zamawiającego przedmiotowe kryterium uznać należy, iż każdy z wykonawców wiedział, jaką liczbę punktów otrzyma jego oferta za prawidłowo zadeklarowane w ofercie doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharz/kucharska) skierowanego do realizacji zamówienia. Zauważyć również należy, iż zgodnie z przedłożoną przez Przeciwnika Skargi informacją o wyniku postępowania z dnia 19 sierpnia 2022 r., Skarżący w przedmiotowym postępowaniu złożył ważną ofertę, a następnie otrzymał maksymalną liczbę punktów za kwestionowane przez niego kryterium oceny ofert. W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp również nie zasługuje na uwzględnienie.

Podsumowując, należało uznać, że zarzuty Skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należytej oceny dokonanej przez Izbę, dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn do zmiany zaskarżonego orzeczenia.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez Przeciwnika skargi w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.). Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego.

sędzia Anna Janas