

WYROK

z dnia 21 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 21 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 roku przez wykonawcę Hospital Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie przy udziale wykonawcy Ever Medical Care spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2565/21 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hospital Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hospital Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Międzyzleskim Szpitalu Specjalistycznym na okres 24 miesięcy”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2021 roku pod numerem 2021/S 153-407297.

30 sierpnia 2021 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwana dalej „ustawa”, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Międzyzleskim Szpitalu Specjalistycznym na okres 24 miesięcy (znak postępowania: U -28/N/21) tj.: na niezgodne z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegające na:

- a) udzieleniu odpowiedzi na pytania Wykonawców w trybie art. 135 ust. 2 Ustawy stanowiących zaniechanie dokonania wyjaśnień treści SIWZ, tj. udzieleniu odpowiedzi, które wyjaśnień nie stanowią;
- b) udzieleniu odpowiedzi na pytania Wykonawców w trybie art. 135 ust. 2 Ustawy skutkujących naruszeniem:
 - art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, wieloznaczny, wewnętrznie sprzeczny, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, niewyczerpujący,
 - art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
 - art. 41 w zw. art. 106 b i 106 e ustawy 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z art. 62 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karno - skarbowy - poprzez nieprawidłowe określenie stawek podatkowych, zgodnie z którymi wykonawcy winni wystawiać faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia,
 - art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 58 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług poprzez ustalenie w treści dokumentacji postępowaniu sposobu obliczenia ceny przy zastosowaniu stawek podatku VAT, które skutkują bezwzględną nieważnością oferty a później umowy w zakresie obejmującym jako składnik ceny podatek od towarów i usług,
 - art. 255 pkt 6 w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 58 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług poprzez ustalenie w treści dokumentacji postępowaniu sposobu obliczenia ceny przy zastosowaniu stawek podatku VAT, które skutkują bezwzględną nieważnością oferty a później umowy w zakresie obejmującym jako składnik ceny podatek od towarów i usług a w konsekwencji obarczenie dokumentacji postępowania wadą niemożliwą do usunięcia po terminie składania ofert a ponadto wadą skutkującą zawarciem umowy sprzedaży obciążonej wadą bezwzględnej nieważności w zakresie dotyczącym ceny tj. podatku VAT ujętego w cenie (wynagrodzeniu wykonawcy) za wykonanie zamówienia:

w wyniku których złożenie odwołania na te odpowiedzi w ocenie Odwołującego stało się konieczne, to jest odpowiednio na:

1) wyjaśnienia z dnia 16.08.2021 r. - opublikowane i ogłoszone przez Zamawiającego w dniu. 20.08.2021 r.:

- a) odpowiedź na pytanie nr 113

Prosimy o podanie metrażu okien, których mycie wymaga zastosowania technik alpinistycznych.

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ

b) odpowiedź na pytanie nr 115

Prosimy o podanie metrażu podłóg, które podlegają procesowi zabezpieczania warstwą ochronną oraz krotkość ich zabezpieczania.

Odpowiedź:

Zgodnie z SWZ

c) odpowiedź na pytanie nr 8

Zamawiający zgodnie z § 6 ust. 2 i 3 projektu umowy udostępni wykonawcy pomieszczenia celem realizacji niniejszej umowy. Prosimy o wskazanie czy powyższe udostępnienie jest odpłatne. Jeśli tak prosimy o załączenie do dokumentacji postępowania wzoru umowy najmu lub wskazanie kosztów jakie wykonawcy będą ponosili z tytułu dzierżawy wskazanych pomieszczeń. Prosimy również o wskazanie jakiego metrażu są udostępniane pomieszczenia.

Odpowiedź:

Udostępnienie jest odpłatne.

d) odpowiedzi na pytania nr:

i. 48. Czy w obiekcie jest wyznaczone miejsce na szatnie dla pracowników? ii. 49. Czy szatnie są w odpowiednim stanie technicznym? (oświetlenie, wentylacja)?

iii. 49 Czy w szatni są miejsca siedzące dla co najmniej

50% zatrudnionych najliczniejsze zmiany?

iv. 50 Czy w szatniach będzie możliwość ustawienia szafek dla pracowników?

v. 51 Czy będzie możliwość zorganizowania osobnej szatni dla kobiet i mężczyzn?

vi. 52 Czy szerokość przejść w szatni między dwoma rzędami szaf oraz

głównych przejść komunikacyjnych jest większa niż 1,5 m?

vii. 53 Czy szerokość przejścia w szatni między rzędami szaf a ścianą jest większa niż 1,1 m.?

viii. 54 Czy na każdego pracownika korzystającego z szatni przypada co najmniej 0,5m² wolnej powierzchni podłogi?

ix. 55 Czy w skład zespołu szatni wchodzi umywalnia?

x. 56 Czy w szatni umywalnie są w odpowiednim stanie technicznym? xi. 57 Czy w szatni szerokość przejścia między umywalkami a przeciwległą ścianą wynosi nie mniej niż 1,3 m?

xii. 58 Czy w szatni szerokość przejścia między dwoma rzędami umywalek wynosi nie mniej niż 2 m?

xiii. 59 Czy w szatni, na każdych dziesięciu pracowników najliczniejszej zmiany przypada co najmniej jedna umywalka?

xiv. 60 Czy w skład zespołu szatni wchodzi pomieszczenie z natryskami?

xv. 61 Dotyczy pomieszczenia szatni (natryski). Czy natryski są we właściwym stanie technicznym?

xvi. 62 Dotyczy pomieszczenia szatni (natryski). Czy na każdych ośmiu pracowników najliczniejszej zmiany przypada co najmniej jedna kabina?

xvii. 63 Dotyczy pomieszczenia szatni (natryski). Czy szerokość przejścia między dwoma rzędami kabin wynosi nie mniej niż 1,3 m?

xviii. 64 Dotyczy pomieszczenia szatni (natryski). Czy szerokość przejścia między umywalkami a przeciwległą ścianą wynosi nie mniej niż 90 cm?

xix. 65 Dotyczy pomieszczenia szatni (natryski). Czy natryski i umywalki mają ciepłą wodę

Odpowiedź:

Pytania od 48 do 65 . nie dotyczy przedmiotu zamówienia.

e) odpowiedź na pytanie nr 111

Czy Zamawiający udostępni wykonawcy pomieszczenia socjalne, biurowe oraz magazynowe na potrzeby realizacji usługi? Jeśli tak to na jakich warunkach?

Prosimy o udostępnienie umowy. Odpowiedź:

j.w.

odpowiedź dla pytania wyżej (pytanie 110) to:

110. Czy Zamawiający udostępni szafki BHP dla pracowników wykonawcy? Jeśli tak, to ile i na jakich zasadach?

Odpowiedź:

Nie

f) odpowiedź na pytanie nr 27

Prosimy o podanie średniej, miesięcznej ilości za ostatnie 12 m-cy:

1. ilość przyjętych pacjentów
2. porodów
3. zabiegów operacyjnych (włącznie z zabiegami cesarskiego cięcia) 4. zgonów

Odpowiedź:

Nie. Zgodnie z SWZ. Czemu to ma służyć.

g) odpowiedź na pytanie nr 99

Prosimy o podanie średniego miesięcznego zapotrzebowania na : a) mydło w płynie do rąk dolewne

- b) płyn dezynfekcyjny do rąk + pompki
- c) jednorazowe ręczniki do rąk w roli
- d) jednorazowe ręczniki do rąk typu ZZe) papier toaletowy jumbo

f) papier toaletowy mały Odpowiedź:

Nie dotyczy

h) pytania w zakresie dotyczącym stawki podatku VAT, którą wykonawca powinien zastosować do obliczenia ceny:

i. odpowiedź na pytania nr 29 i 34

- 29: Prosimy o dookreślenie które czynności wymienione poniżej wchodzą w zakres przedmiotu niniejszego zamówienia - wymieniona lista czynności, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT tj. czynności dotyczących obsługi pacjenta

- 34: Prosimy o potwierdzenie, że poniżej wskazane czynności, stanowiące niezbędny i nierozdzielny element procedur medycznych, wchodzą w zakres zadań wykonawcy - wymieniona lista czynności, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT tj.

czynności dotyczących obsługi pacjenta Odpowiedź dla obu pytań:

Usługa dotyczy kompleksowego utrzymania czystości (bez obsługi kuchni i pacjenta) (załącznik nr 1).

ii. odpowiedź na pytanie nr 37

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ wymienia także czynności pomocnicze przy pacjencie. Zważywszy na fakt, iż:

- są one zwolnione z podatku VAT, natomiast prace pozostałe są opodatkowane wg stawki 23%,
- prawidłowość ustalania relacji pomiędzy sprzedażą opodatkowaną a zwolnioną w już realizowanych kontraktach tego typu jest przedmiotem zainteresowania Urzędów Kontroli Skarbowej (w praktyce - organy te prowadzą obecnie ogólnopolskie kontrole w firmach świadczących usługi outsourcingowe, m.in. przesłuchując w ich w toku zatrudnioną w szpitalach kadrę menedżerską, co prowadzić ma do obiektywnego ustalenia w toku kontroli wartości usługi zwolnionej w całej jej wartości), zwracamy się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji, jaki procent wartości usługi netto będą one w opinii Zamawiającego stanowi?

W opinii Wykonawcy - ustalenie relacji pomiędzy wartością sprzedaży opodatkowanej i zwolnionej przez Zamawiającego, już na etapie prowadzonego postępowania - pozwoli na uniknięcie opisanych powyżej czynności w przyszłości.

Odpowiedź:

Zamawiający poprawia formularz ofertowy. Wykonawca zobowiązany jest wykazać wszystkie podatki w tym również zwolnienie.

iii. odpowiedź na pytanie nr 127

Prosimy o potwierdzenie iż wśród usług objętych niniejszym postępowaniem nie ma usług zwolnionych z podatku Vat tj. usług ściśle związanych z usługami w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowiących nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu od VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. Jednocześnie Prosimy o potwierdzenie iż właściwa stawka VAT jest stawka 23%
Odpowiedź:

j.w. 0% przy świadczenia pielęgnacyjnych.

2) modyfikację formularza ofertowego z dnia. 16.08.2021 r. - opublikowaną i ogłoszoną przez Zamawiającego w dniu. 20.08.2021 r. tj.:

Poprzednia treść formularza ofertowego - punkt I

I. Oferujemy wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia publicznego, zgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia pkt. II SIWZ w następujących wartościach:
Zadanie I

1. Cena miesięczna usługi (netto)zł.....% podatku VAT
.....zł. cena jednostkowa usługi (brutto).....zł/

słownie:.....zł

2. Wartość usługi za okres 24 miesięcy (netto)zł.....% podatku
VATzł.

Ogólna wartość usługi za okres 24 miesięcy (brutto).....zł.

słownie:.....zł

Aktualna treść formularza ofertowego - punkt I

Oferujemy wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia publicznego, zgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia pkt. II SIWZ w następujących wartościach:
Zadanie I

1. Cena miesięczna usługi (netto)zł.
.....% podatku VATzł. zakres usługi.....
.....% podatku VATzł. zakres usługi%
podatku VAT.....zł. zakres usługi.....
cena jednostkowa usługi (brutto).....zł/
słownie:.....
.....zł
2. Wartość usługi za okres 24 miesięcy (netto)zł.
.....% podatku VATzł. zakres usługi%
podatku VAT.....zł. zakres usługi.....
.....% podatku VATzł. zakres usługi.....
Ogólna wartość usługi za okres 24 miesięcy (brutto).....zł.
słownie:.....zł

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady zapewnienia najlepszej jakości usług uzasadnionych charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia,
- udzieleniu odpowiedzi na pytania Wykonawców w trybie art. 135 ust. 2 Ustawy stanowiących zaniechanie dokonania wyjaśnień treści SIWZ, tj. udzieleniu odpowiedzi, które wyjaśnień nie stanowią,
- udzieleniu odpowiedzi na pytania Wykonawców w trybie art. 135 ust. 2 Ustawy skutkujących naruszeniem:
 - a) art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, wieloznaczny, wewnętrznie sprzeczny, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, niewyczerpujący,
 - b) art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
 - c) art. 41 w zw. art. 106 b i 106 e ustawy 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z art. 62 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karno - skarbowy - poprzez nieprawidłowe określenie stawek podatkowych, zgodnie z którymi wykonawcy winni wystawiać faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia,
 - d) art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 58 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług poprzez ustalenie w treści dokumentacji postępowaniu sposobu obliczenia ceny przy zastosowaniu stawek podatku VAT, które skutkują bezwzględną nieważnością oferty a później umowy w zakresie obejmującym jako składnik ceny podatek od towarów i usług,
 - e) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 58 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług poprzez ustalenie w treści dokumentacji postępowaniu sposobu obliczenia ceny przy zastosowaniu stawek

podatku VAT, które skutkują bezwzględną nieważnością oferty a później umowy w zakresie obejmującym jako składnik ceny podatek od towarów i usług a w konsekwencji obarczenie dokumentacji postępowania wadą niemożliwą do usunięcia po terminie składania ofert a ponadto wadą skutkującą zawarciem umowy sprzedaży obciążonej wadą bezwzględnej nieważności w zakresie dotyczącym ceny tj. podatku VAT ujętego w cenie (wynagrodzeniu wykonawcy) za wykonanie zamówienia.

Odwolujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- udzielenie odpowiedzi na ww. pytania dotyczących SWZ,
- udzielenie odpowiedzi na ww. pytania dotyczących SWZ w sposób konkretny, jednoznacznie, precyzyjny, wzajemnie niesprzeczny wraz z podaniem wymagań i okoliczności mających co najmniej oczywisty wpływ na sporządzenie oferty,
- dokonanie modyfikacji postanowień siwz, uwzględniających odpowiednio ww. wnioski Wykonawcy o doprecyzowanie treści siwz, w sposób jasny i precyzyjny oraz wykluczający rozbieżności interpretacyjne,
- dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 3) powyżej,
- z ostrożności, w przypadku upływu terminu składania ofert lub otwarcia ofert przed rozpoznaniem odwołania - w postępowaniu został naruszony art. 254 pkt 6 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności z naruszeniem ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania i wnoszę o nakazanie unieważnienia postępowania,
- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwolujący podał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty, zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Odwolujący uzasadnił w złożonym odwołaniu podnoszone zarzuty.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 sierpnia 2021 roku od czynności Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego, Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane w piśmie procesowym Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 września 2021 roku, które wpłynęło do akt sprawy odwoławczej w dniu 17 września 2021 roku.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16 sierpnia 2021 roku w dniu 20 sierpnia 2021 roku upublicznił „Wyjaśnienia” do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierających 142 pytania.

W odpowiedzi na pytanie 1 - Zwracamy się z uprzejmą prośbą o możliwość dokonania wizji lokalnej na obiektach objętych niniejszym postępowaniem w dniu 18.08.2021 o godzinie 10:00. Powyższe jest niezbędne do prawidłowej wyceny usługi objętej niniejszym postępowaniem.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, Zamawiający zgodnie z art. 131 ust 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych — Zamawiający wymaga złożenia ofert po odbyciu wizji lokalnej. Mając na uwadze powyższe przed terminem złożenia oferty do niniejszego postępowania zostanie zorganizowana wizja lokalna celem uzyskania wszelkich informacji dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający uważa ją za niezbędną dla kompleksowego sporządzenia ofert. Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty. Zamawiający określa termin wizji lokalnej na dzień 23.08.2021 r. godz. 10:00. Jednocześnie Zamawiający informuje, że oferta Wykonawcy, który nie odbędzie wizji lokalnej zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z przedstawionych przez Zamawiającego akt postępowania odwoławczego, za pismem z dnia 17 września 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie” tj. dokumentu Lista obecności wykonawców biorących udział w wizji dotyczącej postępowania na Nr U-28/N/21 w dniu 23.08.2021r. godz. 10:00 wynika, że Odwołujący nie brał udziału w wizji lokalnej. W wizji lokalnej brało udział innych 12 wykonawców, w tym uczestnik postępowania odwoławczego, który nie stawił się na posiedzeniu i rozprawie (prawidłowo o terminie zawiadomiony, co wynika z akt sprawy odwoławczej).

Izba zważyła:

Izba ustaliła, że Odwołujący że nie zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W odwołaniu z dnia 30 sierpnia 2020 roku Odwołujący uzasadniał spełnienie materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania, jednakże pominął w zupełności brak obligatoryjnego udziału w Wizji lokalnej w dniu 23 sierpnia 2021 roku. Brak udziału w Wizji lokalnej, której odbycia wymagał Zamawiający stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego (art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy), co też Zamawiający jednoznacznie wskazał w udzielonych w dniu 20 sierpnia 2021 roku Wyjaśnieniach. Izba podkreśla w tym miejscu, że odwołanie wniesione zostało ze wskazaniem zarzutów dotyczących właśnie tychże wyjaśnień objętych pismem z dnia 16 sierpnia 2021 roku przekazanych wykonawcom w dniu 20 sierpnia 2021 roku. W ocenie Izby uprawnione jest w tym miejscu stwierdzenie, że Odwołujący musiał mieć i miał świadomość treści przedstawionych w ww. piśmie, w tym w odpowiedzi na pytanie 1 i wprowadzony przez Zamawiającego wymóg odbycia Wizji lokalnej; Odwołujący nie kwestionował w żadnym sposób braku informacji w powyższym zakresie.

Odwołujący w podnoszonym odwołaniu również nie kwestionował wprowadzonego przez Zamawiającego w oparciu o art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy obowiązku odbycia Wizji lokalnej.

Bezprzedmiotowe do oceny spełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy pozostaje oświadczenie Odwołującego, że złożył wniosek o przeprowadzenie kolejnej wizji lokalnej. Odwołujący podał, że wniosek ten złożył w przeddzień rozprawy w Krajowej Izbie Odwoławczej. W ocenie Izby wniosek ten stanowił jedynie reakcję na przesłaną w dniu 17 września 2021 roku przez Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie”. Wynika to z tego, że pomiędzy terminem przeprowadzenia Wizji lokalnej w dniu 23 sierpnia br., terminem wniesienia odwołania - 30 sierpnia 2021 roku oraz przesłaniem ww. pisma przez Zamawiającego oraz złożeniem wniosku przez Odwołującego (20 września 2021 rok) widnieje jednoznaczna korelacja. Odwołujący nie podnosi w odwołaniu argumentacji odnoszącej się do Wizji lokalnej, nie uzasadnia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy w kontekście braku udziału w Wizji lokalnej, która miała miejsce w dniu 23 sierpnia 2021 roku - w ocenie Izby brak jakiegokolwiek stanowiska Odwołującego w tym zakresie potwierdza, że w ogóle Odwołujący pominął ten fakt (Wizji lokalnej). To natomiast dowodzi, że wniosek przesłany do Zamawiającego o przeprowadzenie kolejnej Wizji lokalnej stanowi jedynie reakcję na stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Izba podkreśla, że w tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko doktryny i orzecznictwo wypracowane na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, bowiem treść przepisu art. 505 ust. 1 ustawy z powołanym wyżej przepisem, a obowiązującym do dnia 31 stycznia 2020 roku w zakresie przesłanek pozostaje jednakowa.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie odniósł się w ogóle do przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego w kontekście wprowadzonego obowiązku odbycia Wizji lokalnej, w której nie brał udziału. Wymaga wskazania w tym miejscu, że brak uczestnictwa w Wizji lokalnej sankcjonowany jest odrzuceniem oferty z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Obowiązek odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego aktualizuje się, gdy wykonawca nie wziął udziału w Wizji lokalnej a Zamawiający wymagał tego w dokumentach zamówienia. Zasadnym w tym miejscu jest wskazanie, że ustawodawca przewidział „odbycie Wizji lokalnej” co oznacza, że nie przewiduje

on wielości prowadzonych Wizji lokalnych. Związane jest to zapewne z tym, że brak udziału w Wizji lokalnej obarczony jest tak daleko idącą sankcją jak odrzucenie oferty z postępowania oraz wymaga od każdego wykonawcy realnego zaangażowania. Ustawodawca nie przewidział możliwości prowadzenia Wizji lokalnej, po wcześniejszym jej przeprowadzeniu, w oparciu o wniosek zgłoszony przez jeden podmiot. Rozwiązanie takie jest bardzo zasadne, bowiem pozwala na dochowanie zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w szczególności zasady przejrzystości. Warto również odnotować, że ponowne przeprowadzenie Wizji lokalnej na wniosek jednego podmiotu, nie zostało w żaden sposób uregulowane w przepisach, co oznacza, że jest niedopuszczalne. Wynika to chociażby z tego, że nie sposób odpowiedzieć na pytanie czy w tej ponownej Wizji lokalnej „ponownie” muszą brać udział wszyscy zainteresowani wykonawcy - skoro już odbyli Wizję lokalną; jakie sankcje należałoby nałożyć na wykonawcę, który nie wziął udziału „ponownie” w Wizji lokalnej? takich pytań byłoby wiele, lecz w ocenie Izby nie ma potrzeby ich poszukiwania. W przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający przeprowadził Wizję lokalną a Odwołujący nie wziął w niej udziału i pozbawił się możliwości „skutecznego” złożenia oferty - czyli złożenia oferty, która nie będzie podlegała odrzuceniu. W konsekwencji skoro nie jest w stanie złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, nie jest w stanie wykazać przesłanek skutecznego wniesienia odwołania, których badanie następuje na moment wniesienia odwołania.

Przesłanki muszą obligatoryjnie zostać wykazane w złożony odwołaniu. Obligatoryjny charakter przesłanek i konieczność ich wykazania w postępowaniu przez składającego odwołanie wykonawcę potwierdza również art. 505 ust. 2 ustawy, który określa organizacje uprawnione do wnoszenia odwołania, które z natury rzeczy nie wykazują przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy. W orzecznictwie, zarówno Izby jak i sądów powszechnych, ugruntowane jest stanowisko, że wykonawca składający odwołanie musi wykazać przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego.

W okolicznościach tej sprawy Izba powołuje wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn. akt IX Ga 44/08, który mimo wydania w obowiązującym w tamtym czasie stanie prawnym pozostaje aktualny również obecnie - co potwierdzają odwołania do tego orzeczenia - a który w sposób jednoznaczny potwierdza, że przesłanki materialnoprawne dopuszczania odwołaniu muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych z art. 505 ust. 1 ustawy uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania - w tym przypadku w ogóle brak podania - przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego dowożenia. Potwierdza to również wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08 wskazujący na konieczność w pierwszej kolejności oceny przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności wniesienia odwołania (skargi) aby uznać, że w konkretnej sprawie określone podmiotowi wnoszącemu środek ochrony prawnej w ogóle przysługuje.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: