Sygn. akt: KIO 3947/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska
Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2024 r. przez wykonawcę **B.K.**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawca **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Mazowieckiemu Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy),
uiszczoną przez wykonawcę **B.K.** tytułem wpisu od odwołania;
- kwoty: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych), **88 zł 40 gr** (słownie: osiemdziesiąt osiem złotych czterdzieści groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego, poniesione przez wykonawcę **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi,** tytułem – odpowiednio – wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i dojazdu na posiedzenie Izby;
2.2. zasądza od wykonawcy **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** na rzecz odwołującego – **B.K.** – kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 3947/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług Całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów hospitalizowanych w Mazowieckim Centrum Leczenia Płuc i Gruźlicy oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.
W dniu 25 października 2024 r. wykonawca B.K. (dalej: odwołujący) wniosła odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1) niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p. wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lik. 301, 91-204 Łódź (dalej „NAPRZÓD" lub „przystępujący"),

2) niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p. zaniechaniem odrzucenia oferty NAPRZÓD, w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia,

3) niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p. zaniechaniem odrzucenia oferty NAPRZÓD w związku z tym, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4) niezgodnym przepisami ustawy P.z.p. zaniechaniem odrzucenia oferty NAPRZÓD w związku z niespełnieniem przez niego warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 4.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ"),

5) niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p. zaniechaniem wezwania NAPRZÓD do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty NAPRZÓD, w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.,

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucania oferty wykonawcy NAPRZÓD, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów Pzp,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.,

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD w sytuacji, kiedy nie złożył on w wyznaczonym przez zamawiającego terminie dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.,

5) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wezwania wykonawcy NAPRZÓD do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu względnie do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty NAPRZÓD i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2) odrzucenie oferty wykonawcy NAPRZÓD, względnie wezwanie go do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań zamawiającego oferta NAPRZÓD została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymaganiom SWZ. Zaoferowana przez odwołującego cena, w tym ceny jednostkowe za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, są realne i pozwalają odwołującemu na zrealizowanie zamówienia, a konsekwencji to oferta odwołującego powinna uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu i zgodnie z SWZ i przepisami ustawy P.z.p. Szkoda, jaką może ponieść odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności dokonanych przez zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby odwołujący realizując zamówienie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca NAPRZÓD.

Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2024 roku zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 12 listopada 2024 roku przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2024

roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług Całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów hospitalizowanych w Mazowieckim Centrum Leczenia Płuc i Gruźlicy oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych".

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazując w rozdziale VII w pkt 4.2 SWZ, że wykonawca musi „dysponować kuchnią, która musi posiadać aktualną decyzję stacji sanitarno-epidemiologicznej dopuszczającą ją do produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych oraz posiadać aktualny certyfikat ISO 22000 lub równoważny". Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy byli zobowiązani złożyć „Dokument potwierdzający, zgodnie z warunkami udziału, tytuł prawny do dysponowania obiektem kuchennym od dnia 01.10.2024 r. (akt własności, umowa dzierżawy, najmu itp.) wraz z wymaganymi dla tego obiektu certyfikatem ISO 22000 lub inny dokument potwierdzający odpowiednio stosowanie przez Wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości, decyzją stacji sanitarno-epidemiologicznej zezwalającej na produkcję posiłków dla podmiotów zewnętrznych" (rozdział IX pkt 3 ppkt 5 SWZ).

Zamawiający jako kryteria oceny ofert ustalił cenę (waga 60%), brak mandatów karnych oraz brak uwag stwierdzonych niezgodności HACCP (waga 20%) i czas reakcji na reklamację (waga 20%), przy czym maksymalny czas reakcji został ustalony na 90 minut (rozdział XVIII pkt 1 SWZ) – *dowód: SWZ*

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ – OPZ – rozdział X pkt 4 „Czas reakcji na reklamację": „W przypadku zastrzeżeń co do posiłku np. nieprawidłowa temperatura, za mała gramatura bądź brak dostarczonej ilości porcji Wykonawca musi dokonać wymiany posiłku lub uzupełnić brakujące posiłki. W powyższej sytuacji zostanie sporządzony Protokół rozbieżności /Karta reklamacji Załącznik nr 1 i nr 2" *(dowód: OPZ)*

W odpowiedzi z dnia 22.08.2024 r. na pytanie numer 10 o treści: „Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie że w ramach kryterium ,,czas reakcji na reklamację" Wykonawca musi załączyć do oferty mapę Google Maps przedstawiającą odległość i czas dojazdu od kuchni Wykonawcy do Zamawiającego uzasadniającą realność zadeklarowanego czasu reakcji na reklamację" zamawiający wskazał: „Zamawiający dopuszcza propozycję Wykonawcy" *(dowód: odpowiedź na pytania z dnia 22.08.2024 r.)*

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty: oferta odwołujący i oferta wykonawcy NAPRZÓD.

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny:

- 9 447 556,50 zł – NAPRZÓD,

- 9 563 427,00 zł - odwołujący

Wykonawcy zadeklarowali „Czas reakcji na reklamację":

- 5 minut – NAPRZÓD,

- 28 minut – odwołujący.

(dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 4 września 2024 roku)

Pismem z dnia 10 września 2024 roku zamawiający wezwał odwołującego i NAPRZÓD do wyjaśnienia treści złożonej oferty w kwestii „Co Wykonawca miał na myśli oferując w kryterium „Czas reakcji na reklamację" zadeklarowany czas" *(dowód*: *pismo z dnia 10 września 2024 roku)*

Pismem z dnia 10 września 2024 roku wykonawca NAPRZÓD odpowiadając na wezwanie wyjaśnił, że „zaoferował czas reakcji na reklamację 5 minut, ponieważ ocenił, że tyle właśnie potrzebuje czasu, aby przyjąć zgłoszenie o nieprawidłowościach w przywiezionym posiłku i wydać dyspozycję jej usunięcia" *(dowód pismo z dnia 10 września 2024 r.)*

Pismem z dnia 11 września 2024 roku odwołujący wyjaśnił, że „W złożonej ofercie (…) określił „Czas reakcji na reklamację" – 2 minut. (…) czasem reakcji na reklamację, jest czas niezbędny na dojazd do Zamawiającego w celu dokonania wymiany lub uzupełnienia dostarczonych posiłków (…). (…) w razie zaistnienia reklamacji, nasz kierowca wykona telefon do kuchni w Sulbinach z informacją o potrzebie dowozu posiłków, co spowoduje natychmiastowe

wysłanie do Zamawiającego awaryjnego pojazdu z zaopatrzeniem. Na dostarczenie brakujących posiłków Zamawiającemu potrzebujemy 2 minut." *(dowód: pismo odwołującego z dnia 11 września 2024 r.)*

Wykonawca NAPRZÓD jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedłożył umowę zawartą w dniu 25 stycznia 2021 r. pomiędzy podmiotami trzecimi Wojskowym Instytutem Medycyny Lotniczej w Warszawie (WIML) z jednej strony a Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i JOL-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach („Dzierżawca"), z drugiej strony, której przedmiotem jest między innymi dzierżawa pomieszczeń i wyposażenia kompleksu kuchennego WIML w Warszawie. Zgodnie z postanowieniami umowy WIML oddaje Dzierżawcy, za wynagrodzeniem, na warunkach tej umowy, przedmiot dzierżawy w celu wykorzystania go do realizacji usługi żywienia pacjentów WIML oraz do prowadzenia działalności gastronomicznej, zgodnie z posiadanymi uprawnieniami i pozwoleniami (§ ust. 5). Zastrzeżono jednocześnie, że Dzierżawca nie może oddawać przedmiotu dzierżawy w całości lub w części we władanie osobie trzeciej, bez względu na podstawę prawną (§9 ust. 16). Naruszenie powyższego zastrzeżenia obwarowane było prawem WIML do rozwiązania umowy dzierżawy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku oddania przedmiotu dzierżawy w całości lub w części we władanie osobie trzeciej bez zgody Zamawiającego (§9 ust. 25 lit. c) – *dowód: umowa z dnia 25 stycznia 2021 roku*

Wykonawca NAPRZÓD przedłożył ponadto umowę o podwykonawstwo zawartą w dniu 11 kwietnia 2024 r. pomiędzy nim a CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi („CATERMED"). Przedmiotem tej umowy jest świadczenie usług przygotowania na zasadach podwykonawstwa – w celu realizacji zamówienia publicznego na rzecz Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej (dalej „WIML") (§ 1 ust. 1). Wykonawca zobowiązał się do przygotowywania posiłków w pomieszczeniach dzierżawionych od WIML w ilościach i asortymencie zleconym przez CATERMED (§ 2 ust. 1 lit. a). CATERMED zobowiązał się natomiast do zapłaty wynagrodzenia za całodzienne wyżywienie dla pacjenta (§ 3 ust. 2)– *dowód: umowa z dnia 11 kwietnia 2024 roku*

Wykonawca NAPRZÓD na potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 22000 dla kuchni przedłożył certyfikat wystawiony wykonawcy przez Biuro Certyfikacji Systemów Zarządzania Polskiego Rejestru Statków S.A., w którym wskazano „Oddział Warszawa WIML" *(dowód: certyfikat ISO 22000)*

W dniu 15 października 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy NAPRZÓD jako oferty najkorzystniejszej *(dowód: pismo z dnia 15 października 2024 roku).*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

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

Izba uznała za uzasadnione zarzuty naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty NAPRZÓD, w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.,

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucania oferty wykonawcy NAPRZÓD, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że jednym z kryteriów oceny ofert był czas reakcji na reklamację, któremu to kryterium zamawiający przypisał znaczną wagę, tj. 20%.

Jednocześnie w OPZ, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ w rozdział X pkt 4 „Czas reakcji na reklamację": „W przypadku zastrzeżeń co do posiłku np. nieprawidłowa temperatura, za mała gramatura bądź brak dostarczonej ilości porcji Wykonawca musi dokonać wymiany posiłku lub uzupełnić brakujące posiłki".

W ocenie Izby treść rozdziału X pkt 4 OPZ jest jasna i nie pozostawia żadnej wątpliwości interpretacyjnej, tym bardziej, iż w odpowiedzi z dnia 22 sierpnia 2024 r. zamawiający wyraził zgodę na propozycję jednego z wykonawców, iż dla potwierdzenia realności zadeklarowanego czasu reakcji na reklamację należy załączyć do oferty mapę Google Maps przedstawiającą odległość i czas dojazdu od kuchni wykonawcy do zamawiającego.

Z powyższego wynika, że reakcja na zgłoszoną przez zamawiającego reklamację winna polegać na wymianie posiłku lub uzupełnieniu brakującego posiłku. Tym samym za błędną i niezgodną z warunkami zamówienia należy uznać zawartą w ofercie deklarację przystępującego, który wskazał czas reakcji wynoszący 5 minut i udzielił wyjaśnień, iż tyle potrzebuje czasu, aby przyjąć zgłoszenie o nieprawidłowościach w przywiezionym posiłku i wydać dyspozycję jej usunięcia. Przyjęcie zgłoszenia i wydanie dyspozycji usunięcia nieprawidłowości nie jest równoznaczne z wymianą lub uzupełnieniem posiłku, ale jedynie z podjęciem działań zmierzających do wykonania takich czynności. Tego rodzaju oświadczenie oznacza zatem, że przystępujący złożył ofertę niezgodną z warunkiem zamówienia, zawartym w rozdziale X pkt 4 OPZ.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przystępujący podniósł, że jego reakcja na reklamację będzie polegać na wymianie lub uzupełnieniu posiłku, przy czym prawidłowo przygotowane posiłki będą znajdowały się w samochodzie, którym przystępujący będzie dostarczał żywność, i będą to dodatkowe posiłki przygotowane właśnie na taką ewentualność.

Izba nie uwzględniła powyższej argumentacji przystępującego. Argumentacja ta pojawiła się dopiero w postępowaniu odwoławczym i pozostaje w oczywistej sprzeczności z oświadczeniem przystępującego z dnia 10 września 2024 roku. Należy zatem założyć, że została ona sprokurowana wyłącznie na potrzeby tegoż postępowania.

Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż zadeklarowanie przez przystępującego czasu na reakcję na reklamację wynoszącego 5 minut oznacza, że oferta przystępującego została złożona w warunkach w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że art. 3 ust. 1 u.z.n.k. może stanowić samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09.01.2008 r., sygn. II CSK 363/07). Na gruncie tego przepisu warto również przytoczyć stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 17 września 2020 r., sygn. KIO 2048/20: „czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej, jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd”.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku ziściła się dyspozycja zawarta w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., jako że w postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta, w której wykonawca zaoferował niemożliwy do spełnienia warunek realizacji przedmiotu zamówienia, polegający na zadeklarowaniu czasu 5 minut reakcji na reklamację. Jednocześnie brak jest podstaw do stwierdzenia, że przystępujący działał w sposób nieświadomy, wynikający z niezrozumienia treści kryterium, jako że owa treść – jak to Izba wyżej wskazała – sformułowana została w sposób czytelny i zrozumiały. Tym samym naruszony został interes odwołującego, który złożył ofertę w postępowaniu, przygotowaną w sposób rzetelny i uwzględniający realne możliwości realizacji przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, iż oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p.

Izba uznała za zasadne zarzuty naruszenia:

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.,

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD w sytuacji, kiedy nie złożył on w wyznaczonym przez zamawiającego terminie dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż przystępujący, składając:

- umowę z dnia 25 stycznia 2021 r. zawartą pomiędzy Wojskowym Instytutem Medycyny Lotniczej w Warszawie a Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i JOL-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz umową o podwykonawstwo zawartą w dniu 11 kwietnia 2024 r. pomiędzy nim a CATERMED,

2) certyfikatem wystawionym NAPRZÓD przez Biuro Certyfikacji Systemów Zarządzania Polskiego Rejestru Statków S.A., w którym wskazano „Oddział Warszawa WIML"

nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu zawarty w rozdziale VII pkt 4.2 SWZ.

Zgodnie z rozdz. VII pkt 4.2. SWZwykonawca winien wykazać, że dysponuje kuchnią, która musi posiadać aktualną decyzję stacji sanitarno-epidemiologicznej dopuszczającą ją do produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych oraz posiadać aktualny certyfikat ISO 22000 lub równoważny.

O tym, co należy rozumieć poprzez „dysponowanie kuchnią", decyduje treść rozdziału IX pkt 3 ppkt 5 SWZ, zgodnie z którym wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany jest złożyć dokument potwierdzający, zgodnie z warunkami udziału, tytuł prawny do dysponowania obiektem kuchennym od dnia 01.10.2024 r, (akt własności, umowa dzierżawy, najmu itp.).

Wykonawca NAPRZÓD przedłożył umowę o podwykonawstwo z dnia 11 kwietnia 2024 r. pomiędzy nim a CATERMED Przedmiotem tej umowy, zgodnie z § 1 ust. 1, jest świadczenie usług przygotowania na zasadach podwykonawstwa – w celu realizacji zamówienia publicznego na rzecz Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej (WIML). Wykonawca zobowiązał się do przygotowywania posiłków w pomieszczeniach dzierżawionych od WIML w ilościach i asortymencie zleconym przez CATERMED (§ 2 ust. 1 lit. a). CATERMED, zgodnie z § 3 ust. 2, zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia za całodzienne wyżywienie dla pacjenta.

W ocenie Izby umowa podwykonawstwa przy przygotowywaniu posiłków w pomieszczeniach dzierżawionych od WIML nie jest tytułem prawnym do dysponowania obiektem kuchennym. Umowa dotyczy wyłącznie podwykonawstwa przy wykonywaniu usługi przygotowywania posiłków, natomiast pomieszczenie kuchenne wskazane jest jako miejsce wykonywania usługi.

Z kolei umowa z dnia 25 stycznia 2021 r. zawarta pomiędzy Wojskowym Instytutem Medycyny Lotniczej w Warszawie a Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i JOL-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach nie odnosi się w żaden sposób do przystępującego i nie ustanawia dla niego żadnych uprawnień ani obowiązków, w tym w szczególności w zakresie tytułu prawnego do obiektu kuchennego.

W ocenie Izby o posiadaniu tytułu prawnego do pomieszczenia kuchennego nie świadczą dokumenty złożone przez przystępującego na rozprawie w dniu 15 listopada 2024 roku, tj. pisma Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej z dnia 11 kwietnia 2024 roku oraz decyzji Wojskowego Inspektoratu Sanitarnego Wojskowego Ośrodka Medycyny Prewencyjnej w Modlinie z dnia 31 maja 2024 roku, z których to dokumentów Izba przeprowadziła dowody. Z pisma z dnia 11 kwietnia 2024 roku wynika jedynie, że Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej wyraził zgodę na uczestnictwo przystępującego w świadczeniu usługi w ramach umowy z dnia 25 stycznia 2024 roku na zasadach podwykonawcy. Wyrażenie zgody na podwykonawstwo w warunkach wskazanej umowy oznacza legitymację do zawarcia umowy w zakresie wykonywania usługi przygotowywania posiłków i w żaden sposób nie stanowi o przyznaniu przystępującemu tytułu prawnego do pomieszczenia kuchennego. Z kolei decyzja z dnia 31 maja 2024 roku zatwierdza pomieszczenia kuchni do prowadzenia działalności gastronomicznej. Co prawda w treści uzasadnienia decyzji wskazano, że z przystępującym zawarto umowę najmu pomieszczeń kuchni z pomieszczeniami magazynowymi, niemniej jednak tego rodzaju informacja zawarta w uzasadnieniu decyzji administracyjnej nie jest dokumentem, o którym mowa w rozdz. IX pkt 3 ppkt 5 SWZ.

W związku z tym, iż przystępujący nie wykazał, że posiada tytuł prawny do pomieszczeń i wyposażenia kompleksu kuchennego WIML, tym samym złożony przez niego certyfikat ISO 22000:201 odnoszący się do Oddziału w Warszawie WIML, nie jest dokumentem potwierdzającym istnienie wymaganego certyfikatu dla pomieszczenia kuchennego, znajdującego się w dyspozycji przystępującego.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący nie złożył w wyznaczonym przez zamawiającego terminie dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. przez

zaniechanie wezwania wykonawcy NAPRZÓD do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu względnie do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie. Izba wskazuje, że zarzut ten został przez odwołującego podniesiony jedynie na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów wskazanych wyżej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).
Izba nie zasądziła na rzecz odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, pomimo złożenia przez niego takiego wniosku. Izba wskazuje, że zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020, poz. 2437), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Odwołujący złożył do akt sprawy fakturę wystawioną przez radcę prawnego ……., dotyczącą kosztów …… i wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynikających z faktury. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że radca prawny, Pani ……, nie występowała przed Krajową Izbą Odwoławczą jako pełnomocnik odwołującego. Tym samym żądanie przyznania kosztów wynagrodzenia pełnomocnika należało uznać za nieuzasadnione.

Przewodniczący:……