

Sygn. akt: KIO 2560/24

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę **M.J.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Specjalistyczny im. L.R. w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 126 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), poprzez ich niezastosowanie względem odwołującego – M.J. - i nieprzeprowadzenie wobec jego oferty tzw. procedury odrwróconej, polegającej na uprzednim badaniu i ocenie oferty a następnie niewezwaniu odwołującego – M.J. – do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych,

- art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez jego przedwczesne zastosowanie i wezwanie odwołującego – M.J. – do uzupełnienia złożonych przez odwołującego – M.J. – podmiotowych środków dowodowych bez uprzedniego wezwania odwołującego – M.J. – w trybie art. 126 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych do złożenia podmiotowych środków dowodowych, względnie do potwierdzenia, iż dokumenty złożone wraz z ofertą są aktualne i prawidłowe;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego w postępowaniu w sposób nieuprawniony i nakazuje zamawiającemu – **Szpitalowi Specjalistycznemu im. L.R. w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** – unieważnienie czynności zatrzymania wadium odwołującemu – **Maciejowi Jewule**;

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M.J.** (w $\frac{3}{4}$ części kosztów postępowania odwoławczego) oraz zamawiającego – **Szpital Specjalistyczny im. L.R. w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** (w $\frac{1}{4}$ części kosztów postępowania odwoławczego) i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **M.J.** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione przez zamawiającego – **Szpital Specjalistyczny im. L.R. w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2. zasądza od zamawiającego – **Szpitala Specjalistycznego im. L.R. w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** – na rzecz odwołującego – **M.J.** – kwotę **1 950 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy poniesioną a zasądzoną częścią kosztów postępowania odwoławczego.

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 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 2560/24

Uzasadnienie

Zamawiający – **Szpital Specjalistyczny im. L.R. w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** – prowadzi postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów w Szpitalu Specjalistycznym im. L.R. w Krakowie sp. z o.o.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 22 lipca 2024 roku wykonawca **M.J.** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami

ustawy P.z.p. czynności podjętych przez zamawiającego oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p. w postępowaniu, polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta, przy prawidłowym przeprowadzeniu postępowania, nie powinna być za taką uznana;
2. niezastosowaniu wobec odwołującego procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 w zw. z art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., w sytuacji, w której zamawiający zastrzegł w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) prowadzenie postępowania z uwzględnieniem tej procedury;
3. bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego;
4. zatrzymaniu przez zamawiającego wadium wniesionego przez odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 126 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez ich niezastosowanie względem odwołującego i nieprzeprowadzenie wobec jego oferty tzw. procedury odwróconej, polegającej na uprzednim badaniu i ocenie oferty a następnie niewzwaniu odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo, iż w SWZ zamawiający zaznaczył, że będzie stosował tzw. procedurę odwróconą;
2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego przedwczesne zastosowanie i wezwanie odwołującego do uzupełnienia złożonych przez odwołującego podmiotowych środków dowodowych bez uprzedniego wezwania odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, względnie do potwierdzenia, iż dokumenty złożone wraz z ofertą są aktualne i prawidłowe;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której zamawiający nie przeprowadził wobec odwołującego pełnej procedury przewidzianej przepisami ustawy P.z.p. i deklarowanej przez zamawiającego, w tym poprzez pominięcie uprzedniej oceny oferty odwołującego a następnie wezwania go do złożenia podmiotowych środków dowodowych (tj. poprzez przeprowadzenie tzw. procedury odwróconej) względnie wezwania do potwierdzenia aktualności złożonych przez odwołującego części podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy dopiero takie przeprowadzenie procedury uprawniałoby zamawiającego do zastosowania wobec odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. i ewentualnego odrzucenia oferty.
4. art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego w postępowaniu w sposób nieuprawniony, gdy przesłanki do zatrzymania wadium nie wystąpiły, podczas gdy w przypadku prawidłowego przeprowadzenia postępowania taka okoliczność nie powinna mieć miejsca.

Odwołujący podniósł, że w konsekwencji powyższe działania i zaniechania zamawiającego doprowadziły do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także udzielenia zamówienie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wpłynęło na wynik postępowania, a co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która w postępowaniu nie była ofertą najkorzystniejszą.

Mając na względzie powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści odwołania;
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego;
4. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego w postępowaniu;
5. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem prawidłowego zastosowanie procedury odwróconej z art. 139 ustawy P.z.p. wobec Odwołującego i w pierwszej kolejności wezwanie go w trybie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w przypadku zaistnienia po ich złożeniu przez odwołującego przesłanek z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. – wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów;
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa odwołującego przez pełnomocnika.

Odwołujący podniósł, że interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia to nic innego, jak możliwość jego uzyskania. Interes posiadać będzie ten wykonawca, który wskutek decyzji zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie zamawiającego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia (por. np. wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014r., KIO 1231/14). W dniu 12 lipca 2024 r.

pismem nr DZP.271-97/2024 zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. W ocenie odwołującego zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny oferty złożonej przez odwołującego i nie zastosował przewidzianej w SWZ tzw. procedury odróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p., co zaburzyło przebieg postępowania i w sposób bezpośredni wpłynęło na jego końcowy wynik. W konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która w postępowaniu nie była ofertą najkorzystniejszą. W przypadku natomiast prawidłowego, zgodnego z przepisami ustawy P.z.p., przeprowadzenia postępowania oferta odwołującego nie podlegałaby odrzuceniu i zajęłaby pierwszą pozycję w rankingach ofert. Tym samym odwołujący miałby realne szanse na uzyskanie zamówienia.

W związku z powyższym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy P.z.p., odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieudzieleniu mu przedmiotowego zamówienia publicznego. Skutkiem tego będzie zarówno szkoda materialna (utrata zysku), jak i niematerialna (brak referencji za należytą realizacją zamówienia). Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki dla możliwości skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie P.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 27 maja 2024 roku (*dowód: ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27 maja 2024 roku*).

Zgodnie z treścią Rozdziału XV pkt 1 SWZ przy wyborze najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zamawiający będzie stosował kryterium „Cena” 100%. (*dowód: SWZ*).

W dniu 21 czerwca 2024 roku zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ. W wyniku modyfikacji wskazane poniżej postanowienia SWZ otrzymały brzmienie:

Zgodnie z rozdz. VIII ust. 1 lit. *diret* trzecie: *O udzielenie zamówienia mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 57 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 ustawy Pzp zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca wykaże, że dysponuje kuchnią zastępczą posiadającą decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającą, iż Wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości dostawy ciepłych posiłków czyli maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie 30 min.*

Ocena spełniania niniejszego warunku udziału w Postępowaniu zostanie dokonana w oparciu o złożone przez Wykonawcę oświadczenia oraz dokumenty, o których mowa w pkt X.1 ppkt 1 lit. d) Specyfikacji (dowód: ogłoszenie o zmianie usługi z dnia 21 czerwca 2024 roku).

W pkt. X SWZ zamawiający określił wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt. X.1 ust. 1 lit. d SWZ: *W zakresie wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 57 ustawy Pzp, Wykonawca przedkłada decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego na kuchnię zastępczą, potwierdzającą iż Wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości posiłków czy maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie do 30 minut.*

W pkt. X.2 zamawiający wskazał podmiotowe środki dowodowe (oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 124 ustawy P.z.p., składane na wezwanie zamawiającego).

Zgodnie z pkt XIII ppkt IV „Dokumenty składające się na ofertę” lit. d, wraz z ofertą należało złożyć *dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia (wymienione w rozdz. X.1 Specyfikacji).*

Dowód: SWZ

Zamawiający w Rozdziale X SWZ wskazał, że „Zamawiający zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp informuje, że najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu” (*dowód: SWZ*).

Zamawiający przed otwarciem ofert podał, iż na realizację przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 10 732 095,00 zł brutto (*dowód: Informacja o kwocie na sfinansowanie zamówienia z dnia 28 czerwca 2024 r.*)

Pismem z dnia 25 czerwca 2024 roku odwołujący zwrócił się do zamawiającego, wskazując, co następuje:

Zwracam się z prośbą o wyrażenie zgody na przedłożenie decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającej, iż Wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości dostawy ciepłych posiłków czyli maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie 30 min. odnośnie kuchni zastępczej w terminie 14 dni od daty podpisania umowy w przypadku wyboru naszej oferty. Prośbę swą motywujemy tym, iż wymóg kuchni zastępczej pojawił się stosunkowo krótko przed datą

składania ofert (dowód: pismo z dnia 25 czerwca 2024 roku).

Powyższy wniosek zamawiający pozostawił bez odpowiedzi.

Do upływu składania ofert, tj. do 28 czerwca 2024 r. wpłynęły następujące oferty:

1. odwołujący, z ceną: 8 654 384,78 zł brutto;

2. CATERMED Sp. z o.o. w Łodzi, z ceną: 10 423 627,72 zł brutto;

(dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 28 czerwca 2024 r.)

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego na kuchnię zastępczą, potwierdzającą iż Wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości posiłków czy maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie do 30 minut (okoliczność bezsporna).

Pismem z dnia 3 lipca 2024 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów, wskazując, co następuje:

Na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawcę o uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 125. ust 1 ustawy Pzp, dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w SWZ rozdz. VIII pkt 1 ppkt 2 lit. d, tj.: „decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzające, iż Wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości dostawy ciepłych posiłków, czyli maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie 30 min.

Na potwierdzenie po wyższego Wykonawca złożył wraz z ofertą Decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego z dnia 28 marca 2007r., dotyczącą lokalu Baru „Akropolis” zlokalizowanego przy ul. Grodzkiej 9 w Krakowie, Inspektor Sanitarny w ww. decyzji: „zatwierdza zakład jako spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie: podawania do konsumpcji napojów ciepłych, zimnych oraz dań gastronomicznych przygotowywanych z półproduktów (bez użycia jaj i obróbki wstępnej warzyw), a także prowadzenia działalności w ww. zakresie w obrębie ogródka.”

Na etapie oceny powyższego dokumentu, Zamawiający zwrócił uwagę, iż zakres wskazany w decyzji załączonej przez Wykonawcę do oferty nie spełnia wymogów określonych w SWZ rozdz. X pkt X.1 ppkt 1 lit. d. tj. brak wskazania prowadzenia działalności w zakresie produkcji i dostarczania posiłków dla odbiorców zewnętrznych.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia/uzupełnienia/poprawienia decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe należy opatrzyć odpowiednim podpisem, oraz przesłać za pośrednictwem platformy e-Zamówienia (Formularz do komunikacji: <https://ezamowienia.gov.pl/pl/> lub poczty elektronicznej) do dnia 8 lipca 2024 roku, do godziny 12:00. (dowód: pismo z dnia 3 lipca 2024 roku).

W wyznaczonym terminie odwołujący przesłał m.in. plik PDF zatytułowany „decyzja i umowa”. Plik ten nie zawierał żadnych treści. Inne pliki przesłane przez odwołującego nie zawierały dokumentów potwierdzających, iż odwołujący może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych zgodnie z wymaganiami SWZ (dowód: korespondencja z dnia 8 lipca 2024 roku).

Pismem z dnia 11 lipca 2024 roku odwołujący poinformował zamawiającego, że – w związku z tym, iż zauważył, że jeden z przesłanych plików jest nieczytelny – przesyła go jeszcze raz. Do pisma odwołujący dołączył decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie z dnia 16 maja 2018 roku zatwierdzającą zakład produkcji gastronomicznej, zlokalizowany w Krakowie, ul. Na Błoniach 7, jako spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie produkcji i sprzedaży w systemie cateringowym dań gastronomicznych przygotowywanych od surowca do gotowej potrawy z użyciem jaj dostarczanych do zakładu po dezynfekcji (dowód: pismo z dnia 11 lipca 2024 roku z załącznikami).

Pismem z dnia 12 lipca 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

Podst. prawna: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c

Podst. faktyczna: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 03 lipca 2024r. dotyczące dokumentów potwierdzających spełnienia warunków opisanych w SWZ rozdz. VIII pkt 1 ppkt 2 lit. d, tj.: „Wykonawca wykaże, że dysponuje kuchnią zastępczą posiadającą decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzające, iż Wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości dostawy ciepłych posiłków, czyli maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie 30 min.” Wykonawca w drodze przesłania odpowiedzi na powyższe w dniu 08.07.2024r. przesłał za pośrednictwem platformy e-zamówienia oraz poczty e-mail min. Plik o nazwie „decyzja i umowa” w rozszerzeniu PDF jako „pusty” skan dokumentu, pozbawiony treści, inne pliki przesłane w zakresie wiadomości z dnia 08.07.2024 nie stanowią odpowiedzi na powyższe.

Treść złożonego przez Wykonawcę dokumentu nie może być jakkolwiek, powinna potwierdzać okoliczności wymagane przez Zamawiającego. Brak treści w dokumencie określonym jako „decyzja i umowa”, powoduje, że dokument ten nie jest dokumentem wymaganym przez Zamawiającego, tym samym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie złożył dokumentu

wymaganego przez Zamawiającego." (dowód: pismo z dnia 12 lipca 2024 roku).

W korespondencji mailowej z dnia 18 lipca 2024 roku zamawiający poinformował odwołującego, co następuje:

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na pismo z dnia 15.07.2024r. informuję, iż Zamawiający, działając na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1) do PZP, zatrzymuje wadium wpłacone w formie gotówki tj. przelew na konto Zamawiającego wykonany w dniu 27.06.2024r opisany jako „wadium przetarg Usługa całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów w Szpitalu Specjalisty. Im. L.R. w Krakowie nr 97/ZP/2024”, w kwocie 150 000,00 zł.

Zamawiający określił w treści SWZ rozdz. VIII pkt 1 ppkt 2 lit. d, przedmiotowego postępowania, wymóg dotyczący wykazania przez Wykonawcę że dysponuje kuchnią zastępczą posiadającą decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzające, iż Wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości dostawy ciepłych posiłków, czyli maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie 30 min. ”

Wykonawca przedłożył wraz z ofertą decyzję zatwierdzającą kuchnię zastępczą, jako zakład, spełniający odpowiednie wymagania do celów działalności prowadzonej w zakresie podawania do konsumpcji napojów ciepłych, zimnych oraz dań gastronomicznych przygotowywanych z półproduktów (bez użycia jaj i obróbki wstępnej warzyw), a także prowadzenia działalności w/w zakresie w obrębie ogródka. Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedłożenia prawidłowej decyzji, gdyż w ocenie Zamawiającego, przedłożona decyzja nie potwierdzała wymagań stawianych przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 3 lipca 2024 roku, wykonawca przesłał za pośrednictwem platformy e-zamówienia oraz poczty e-mail min. plik o nazwie „decyzja i umowa” w rozszerzeniu PDF. Plik zawierał skany pustych stron, pozbawionych treści, nie stanowił więc potwierdzenia okoliczności wymaganych przez Zamawiającego. Pozostałe pliki, które zostały załączone przez Wykonawcę do wiadomości z dnia 08.07.2024, nie zawierały dokumentu potwierdzającego wymogi Zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę Pana M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. „MISTERIUM”, z siedzibą przy ul. Krakowskiej 111, 32-830 Wojnicz, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Przyczyną odrzucenia oferty było niezłożenie wymaganych dokumentów (oświadczeń), potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę wymagań stawianych przez Zamawiającego, pomimo wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. art. 128 ust. 1 Pzp. Zamawiający poinformował Wykonawcę o odrzuceniu j jego podstawie w treści zawiadomienia o wyniku postępowania, zawierającego informację o odrzuceniu oferty.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1) PZP dla zatrzymania wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek:

Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, innych dokumentów lub oświadczeń.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca został wezwany w dniu 03 lipca 2024r., do wykazania spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, na które nie odpowiedział w wyznaczonym terminie tj. do 08 lipca 2024r godz. 12:00. W ocenie Zamawiającego, na równi z niezłożeniem dokumentu należy traktować złożenie dokumentu innego aniżeli wymagany przez Zamawiającego. Wykonawca złożył skan pustych stron, pozbawionych treści, opatrując plika nazwą „decyzja i umowa”, dokument ten nie jest dokumentem wymaganym przez Zamawiającego, tym samym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu.

Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Art. 98 ust. 6 pkt 1) PZP

Uzupełnienie brakującego dokumentu, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, plikiem z nazwą „decyzja i umowa”, nie zawierającym treści, nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca przystępując do postępowania powinien z należytą starannością przygotowywać dokumenty, tym samym po stronie Wykonawcy leży odpowiedzialność za wynikłą sytuację, związaną z przesłaniem niewłaściwego dokumentu lub jego nieprawidłowe przygotowanie/zeskanowanie.

Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1) PZP z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń stanowi wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania.

Brak wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu wpływa jednoznacznie na wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zgodnie z ustawą pzp nie może wybrać oferty Pana M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MACIEJ JEWUŁA „MISTERIUM”, jako oferty najkorzystniejszej, albowiem Wykonawca r. wykazał spełnienia warunków udziału. Pomimo złożenia oferty, której cena była znacznie niższa aniżeli cena drugiej oferty, złożonej w postępowaniu, Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Pana M.J. na podst. art.226 ust. 1 pkt 2 lit. c

Pzp, ze względu na niezłożenie wymaganych dokumentów (oświadczeń), pomimo wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Pzp.

Fakt odrzucenia oferty Wykonawcy, w wyżej opisanych okolicznościach, obliuguje Zamawiającego do zatrzymania wadium, zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy pzp. (dowód: korespondencja mailowa z dnia 18 lipca 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

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.

Odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutów:

- art. 126 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), poprzez ich niezastosowanie względem odwołującego – M.J. - i nieprzeprowadzenie wobec jego oferty tzw. procedury odwróconej, polegającej na uprzednim badaniu i ocenie oferty a następnie niewezwaniu odwołującego – M.J. – do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych,

- art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez jego przedwczesne zastosowanie i wezwanie odwołującego – M.J. – do uzupełnienia złożonych przez odwołującego – M.J. – podmiotowych środków dowodowych bez uprzedniego wezwania odwołującego – M.J. – w trybie art. 126 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych do złożenia podmiotowych środków dowodowych, względnie do potwierdzenia, iż dokumenty złożone wraz z ofertą są aktualne i prawdziwe.

Podstawą odrzucenia zarzutów jest art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że odwołujący powziął wiedzę w zakresie tego, że został wezwany do uzupełnienia dokumentów oraz że wezwanie to miało miejsce przed przeprowadzeniem badania i oceny ofert w ramach tzw. procedury odwróconej w dniu 3 lipca 2024 roku.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W związku z tym, termin do wniesienia odwołania na wskazane wyżej czynności i zaniechania zamawiającego rozpoczął się w dniu 3 lipca 2024 roku, natomiast zakończył się w dniu 15 lipca 2024 roku (dzień 13 lipca 2024 roku, w którym kończył się termin do wniesienia odwołania, przypadał w sobotę, a zatem – zgodnie z art. 509 ust. 2 ustawy P.z.p. – termin ten upłynął dnia następnego po dniach wolnych od pracy). Wniesienie odwołania w dniu 22 lipca 2024 roku nastąpiło zatem z naruszeniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., zatem wskazane wyżej zarzuty należało odrzucić na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której zamawiający nie przeprowadził wobec odwołującego pełnej procedury przewidzianej przepisami ustawy P.z.p. i deklarowanej przez zamawiającego, w tym poprzez pominięcie uprzedniej oceny oferty odwołującego a następnie wezwania go do złożenia podmiotowych środków dowodowych (tj. poprzez przeprowadzenie tzw. procedury odwróconej) względnie wezwania do potwierdzenia aktualności złożonych przez odwołującego części podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy dopiero takie przeprowadzenie procedury uprawniałoby zamawiającego do zastosowania wobec odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. i ewentualnego odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający przewidział skorzystanie z tzw. procedury odwróconej. W rozdz. X SWZ wskazał, że „Zamawiający zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp informuje, że najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W myśl art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający w treści SWZ wskazał jednakże, że wykonawcy obowiązani są złożyć wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do

wykluczenia (wymienione w rozdz. X.1 Specyfikacji) - rozdz. XIII pkt IV. Dokumenty składające się na ofertę lit. d SWZ. Wśród dokumentów wskazanych w rozdz. X.1 znajdowała się m.in. decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego na kuchnię zastępczą, potwierdzającą iż wykonawca może produkować i dostarczać posiłki dla odbiorców zewnętrznych w odległości pozwalającej na zapewnienie ciągłości posiłków czy maksymalnie do 30 km lub w czasie dojazdu maksymalnie do 30 minut.

Z powyższego wynika zatem, że przedmiotową decyzję odwołujący obowiązany był złożyć wraz z ofertą.

O ile odwołujący kwestionował konieczność złożenia decyzji wraz z ofertą z uwagi na zawartą w SWZ informację o zastosowaniu przez zamawiającego tzw. „procedury odwróconej”, wskazanej w art. 139 ustawy P.z.p. winien był tę okoliczność zaskarżyć poprzez wniesienie odwołania. Odwołanie w tym zakresie winno zostać wniesione w terminie 10 dni od dnia opublikowania przez zamawiającego zmodyfikowanej treści SWZ, co nastąpiło w dniu 21 czerwca 2024 roku. Odwołujący w przepisany termin nie wniósł odwołania na dokonaną przez zamawiającego modyfikację SWZ, zatem treść wprowadzona modyfikacją stała się obowiązująca wobec uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że odwołujący nie złożył decyzji wraz z ofertą. Zamawiający w dniu 3 lipca 2024 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia decyzji do dnia 8 lipca 2024 roku. Odwołujący w odpowiedzi przesłał plik, który – pomimo nazwy „decyzja i umowa” – nie zawierał dokumentów, o które wnioskował zamawiający. Tym samym stwierdzić należy, że odwołujący nie złożył dokumentów, o których uzupełnienie został wezwany. Tym samym czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. należy uznać za prawidłową.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego w postępowaniu w sposób nieuprawniony, gdy przesłanki do zatrzymania wadium nie wystąpiły.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Do zastosowania wskazanego przepisu konieczne jest zatem łączne wystąpienie trzech przesłanek, których ciężar wykazania – w myśl art. 6 K.c. – spoczywa na zamawiającym.

Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p., oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., innych dokumentów lub oświadczeń.

Izba zauważa, że wystąpienie pierwszej przesłanki w świetle dokonanych ustaleń faktycznych nie budzi wątpliwości. Odwołujący, wezwany przez zamawiającego do złożenia decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego na kuchnię zastępczą, nie złożył wymaganego dokumentu w wyznaczonym terminie. Jednocześnie Izba podkreśla, że złożenie dokumentu w terminie późniejszym nie może odnieść skutku w postaci uznania, że odwołujący uczynił zadość wystosowanemu do niego wezwaniu. Wskazać należy, że art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. ustanawia dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wymaganego dokumentu „w przewidzianym terminie”. Termin ten w przypadku odwołującego został wyznaczony na dzień 8 lipca 2024 roku. Złożenie dokumentu w terminie późniejszym (11 lipca br.) nie mogło zostać przez zamawiającego zakwalifikowane jako dotrzymanie terminu. Taka czynność powodowałaby bowiem nieuprawnione odstępstwo od zasad wyznaczonych przepisami ustawy P.z.p. i postanowieniami SWZ i stawiałoby odwołującego w pozycji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jak również uczestników rynku, którzy – będąc w podobnej sytuacji jak odwołujący – nie zdecydowali się na złożenie oferty w postępowaniu.

Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p. – ze względu na brak rozróżnienia – wiąże odpowiedzialność z każdą przyczyną zależną od wykonawcy. Dlatego przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy mogą być zarówno przyczyny przez niego zainicjowane, jak i niezainicjowane.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszły okoliczności pozwalające na uznanie, że niezłożenie dokumentów nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący co prawda podnosił w odwołaniu, że zamawiający wyznaczył mu zbyt krótki termin na złożenie dokumentów, niemniej jednak umowa, którą odwołujący złożył w dniu 11 lipca 2024 roku, nosi datę 24 czerwca 2024 roku. Odwołujący nie wskazał żadnych innych okoliczności, które

w dniu 8 lipca 2024 roku uniemożliwiły mu złożenie dokumentu, w którego posiadaniu powinien być już w dniu 24 czerwca br. Również przesłanie pliku niezawierającego wymaganych dokumentów należy uznać za okoliczność obciążającą odwołującego. To odwołujący odpowiedzialny jest za prawidłowe przygotowanie i przesłanie dokumentów wymaganych w postępowaniu. Podkreślić należy, że odwołujący nie powoływał się na żadne niezależne od niego okoliczności, które spowodowały, że przesłany plik okazał się pusty. Wręcz przeciwnie – odwołujący w treści odwołania przyznał, że plik był nieczytelny prawdopodobnie z powodu jego niewłaściwego zeskanowania.

Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p. z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń stanowi brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Z informacji z dnia 18 lipca 2024 roku, w której zamawiający poinformował odwołującego o zatrzymaniu wadium, wynika, że zamawiający przyjął, iż przesłanką zatrzymania wadium jest okoliczność, w której zaniechanie uzupełnienia dokumentów ma wpływ na wynik postępowania.

Tymczasem przepis zawarty w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p. nie mówi o wpływie na wynik postępowania, ale o braku możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby przesłanka zawarta w przepisie jest znacznie węższa niż ta, która została przyjęta przez zamawiającego. Z uwagi zaś na restrykcyjny charakter przepisu nie może on być interpretowany rozszerzająco.

Zatrzymanie wadium jest zatem możliwe jedynie wówczas, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Oznacza to, że oferta wykonawcy musi być potencjalnie ofertą najwyższej ocenioną i jedyną przyczyną, dla której nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jest konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. ze względu na niezłożenie wymaganych dokumentów (oświadczeń), pomimo wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że zamawiający nie wykazał, że oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w korespondencji z dnia 18 lipca 2024 roku wskazał jedynie, że cena ofertowa odwołującego była znacznie niższa od ceny zaoferowanej w drugiej złożonej ofercie.

Fakt złożenia oferty z najniższą ceną nie jest równoznaczny z tym, że oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Uznanie danej oferty za najkorzystniejszą wymaga bowiem przeprowadzenia jej badania i oceny nie tylko pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert, ale również pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny oferty odwołującego z uwagi na niezłożenie przez niego decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego na kuchnię zastępczą.

Tym samym Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie nie zaszła jedna ze wskazanych w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p. przesłanek umożliwiających zamawiającemu zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego. Tym samym Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium odwołującemu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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. 2 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).

Przewodniczący:.....