

WYROK

Warszawa, dnia 4 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę FOOD4MED Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy J.S. z siedzibą w Nawojowej Górze

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę FOOD4MED Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 5055/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275

pkt 1 ustawy Pzp na *kompleksową usługę przygotowania i dostarczania posiłków* (znak postępowania: 13/XII/ZP/2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 grudnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00645066.

W dniu 30 grudnia 2024 r. wykonawca FOOD4MED Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania wezwania Wykonawcy J.S. (dalej jako „Wykonawca”) do uzupełnienia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonej w Rozdziale VIII pkt. 3 lit. C) SWZ;

2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu zamówień na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, podczas gdy

z dokumentów Wykonawcy złożonych wraz z ofertą nie wynika, aby Wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale VIII pkt. 3 lit. c) SWZ.

2. art. 239 ust. 1 P.z.p. poprzez wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. ponowną ocenę ofert i wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu wykonanych zamówień.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy oraz uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Pismo w sprawie złożył również wykonawca J.S.

z siedzibą w Nawojowej Górze, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Do pisma wykonawca załączył umowę cateringową z dnia 14 grudnia 2022 r. zawartą z Gminą Zabierzów – Zespołem Szkolno – Przedszkolnym w Zabierzowie.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wykonawca J.S. z siedzibą w Nawojowej Górze [dalej „Przystępujący”] skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie do udziału w postępowaniu odwoławczym Izba nie dopuściła wykonawcy Naprzód Catering Sp. z o.o. uwzględniając opozycję Zamawiającego wobec przystąpienia ww. wykonawcy.

Stosownie do art. 526 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Zgodnie natomiast z ust. 2 ww. przepisu, Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.

Wykonawca Naprzód Catering Sp. z o.o. w piśmie zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego odnośnie kwestii interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił wskazał, że *„Przystępujący ma interes prawny*

w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdyż jego oferta nie podlega odrzuceniu. Jest sporządzona prawidłowo i spełnia wszystkie warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca Naprzód Catering Sp. z o.o. nadal posiada możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.”

Wskazać należy, iż w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania odwoławczego konsekwencją oddalenia odwołania, a zatem utrzymania w mocy decyzji Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty wykonawcy J.S. z siedzibą w Nawojowej Górze jako najkorzystniejszej, będzie zawarcie umowy o zamówienie publiczne z ww. Wykonawcą, który również przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i którego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego nie budzi wątpliwości. W zaistniałym stanie faktycznym nie sposób sobie wyobrazić jakie korzystne dla siebie skutki mogłaby uzyskać spółka Naprzód Catering Sp. z o.o. w przypadku rozstrzygnięcia sporu odwoławczego na korzyść Zamawiającego. W szczególności nie można się zgodzić z Wykonawcą, iż w przypadku oddalenia odwołania Wykonawca *„nadal posiada możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia”*.

Z powyższych względów opozycja Zamawiającego podlegała uwzględnieniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 grudnia 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest całodzienna usługa przygotowania i dostarczenia (podania) posiłków dla pacjentów Zamawiającego oraz inne czynności z tym związane (uprzątnięcie, ewidencja, usunięcie odpadków etc.).

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 3 lit. c) SWZ, udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w postępowaniu przez Zamawiającego dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełnia ten warunek, jeżeli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał przynajmniej jedno zamówienie polegające na przygotowaniu

i dostarczaniu posiłków o wartości minimum 400.000,00 zł. netto rocznie. Wartość jednego zamówienia musi wynosić min. 400.000 zł netto rocznie. Propozycja wzoru takiego oświadczenia stanowi załącznik nr 2 do SWZ.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówieni publicznego oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący, Przystępujący oraz Naprzód Catering Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych świadczeń (załącznik nr 2 do SWZ), w którym wskazał dwie usługi:

1. usługa cateringowa (śniadanie, II śniadanie, obiad, podwieczorek z uwzględnieniem diet) wykonana na rzecz Szkoły Podstawowej im. J.K. w Zabierzowie w okresie od 02.01.2023 do 31.12.2023 o wartości 468 871,91 zł brutto;
2. usługa cateringowa (śniadanie, II śniadanie, obiad, podwieczorek z uwzględnieniem diet) wykonana na rzecz Przedszkola Publicznego w Michałowicach w okresie 01.09.2023 – 31.07.2024 o wartości 498 049 zł brutto.

Ponadto Przystępujący przedstawił referencje potwierdzające należyte wykonanie ww. zamówień.

W dniu 23 grudnia 2024 r. za najkorzystniejszą w postępowaniu Zamawiający uznał ofertę wykonawcy J.S. z siedzibą w Nawojowej Górze. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu rankingu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu zamówień, w sytuacji gdy ze złożonych dokumentów podmiotowych nie wynika, aby wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VIII pkt 3 lit. c SWZ oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia

w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zgodnie natomiast

z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Oś niniejszego sporu koncentrowała się wokół interpretacji warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa

w rozdziale VIII pkt 3 lit. c SWZ w zakresie wymagania, aby referencyjne zamówienie wynosiło minimum 400 000 zł netto rocznie (podkreślenie własne Izby). Odwołujący wskazał, że z przedstawionych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych wynika, że okresy wykonanych usług wynoszą odpowiednio: 02.01.2023 – 31.12.2023 w przypadku zamówienia realizowanego na rzecz Szkoły Podstawowej im. J.K.

w Zabierzowie oraz 01.09.2023 – 31.07.2024 odnośnie zamówienia wykonanego na rzecz Przedszkola Publicznego w Michałowicach, co w konsekwencji oznacza, że żadna z dwóch usług nie spełnia wymaganego minimalnego czasu trwania usługi, tj. jednego roku. Odwołujący twierdził, że skoro Zamawiający stawia warunek dotyczący minimalnego rocznego wynagrodzenia, to okres świadczonej usługi miał również wynosić rok.

Izba w okolicznościach sprawy nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do rozumienia treści specyfikacji w zakresie spornego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji co do uznania, iż Przystępujący nie wykazał warunku określonego w rozdziale VIII pkt 3 lit. c SWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 3 lit. c SWZ nie wynika oczekiwanie Zamawiającego, aby referencyjna usługa była świadczona przez wykonawcę przez rok, lecz aby w skali roku osiągnięta została wartość minimalna na poziomie 400 tys. zł. Przewidziane przez Zamawiającego kryterium „roku” stanowiło jedynie cenzus czasu z jakiego można było zliczać wartość zamówienia. Jak wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający *»chodzi po prostu, aby realizowana wcześniej umowa była na tyle „duża”, aby jej wartość zliczana w okresie roku (12 miesięcy) będzie adekwatna do niniejszego postępowania. (...) Dla Zamawiającego nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy ów przychód został osiągnięty w okresie 12, 11 czy dziesięciu miesięcy – ważna jest bowiem wartość skomasowana w określonym – maksymalnym czasie«*. Rację miał również Zamawiający, iż wymóg osiągnięcia jakiejś kwoty rocznego wynagrodzenia nie oznacza, że czynności muszą być wykonywane od 1 stycznia do 31 grudnia. Jak wywodził Zamawiający *»oznacza to jedynie, że dany podmiot osiągnął określony przychód „średniorocznie”, czyli w danym roku, w ciągu określonych 12 miesięcy.* Innymi słowy, wprowadzony przez Zamawiającego wymóg rocznej wartości referencyjnej usługi stanowił funkcję wartości w czasie, której celem było zobrazowanie potencjału danego wykonawcy. Nie budzi zatem wątpliwości, że skoro Przystępujący zrealizował dwa zamówienia, każde o wartości znacząco przekraczającej określone w specyfikacji roczne minimum, tj. 400 tys. zł, odpowiednio w ciągu 364 dni oraz 11 miesięcy, to tym bardziej posiada potencjał do realizacji niniejszego zamówienia, niż gdyby okres referencyjnych zamówień wynosił 365 dni. Twierdzenie przeciwne byłoby absurdalne.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż z zawartej przez Przystępującego

z Gminą Zabierzów – Zespołem Szkolno – Przedszkolnym w Zabierzowie umowy z dnia 14 grudnia 2022 r. wynika, że

została ona zawarta na okres 12 miesięcy licząc od dnia 01.01.2023 r. W piśmie z dnia 29 stycznia 2025 r. Przystępujący wyjaśnił nadto, że realizacja umowy w zakresie zakupu towaru, zatrudnienia personelu rozpoczęła się z końcem grudnia 2022 r., po to aby w pierwszym dniu roboczym placówki, tj. 2 stycznia 2023 r. możliwe było dostarczenie posiłków, które co oczywiste musiały zostać wcześniej przygotowane, tj.

1 stycznia. W uzyskanych przez Wykonawcę referencjach wskazany został natomiast okres, w którym posiłki zostały faktycznie dostarczone, czyli od 2 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. Przyjmując tym samym wykładnię warunku udziału w postępowaniu prezentowaną przez Odwołującego, której Izba nie podziela, w kontekście złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i dowodu, nie może budzić żadnych wątpliwości, że Przystępujący wykazał, iż wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na przygotowaniu i dostarczaniu posiłków przez okres jednego roku o wartości przekraczającej 400 tys. zł netto rocznie. Odwołujący nie podjął nawet próby rzeczowej polemiki zarówno ze stanowiskiem Zamawiającego, jak i Przystępującego oraz nie podważył złożonego przez Wykonawcę dowodu w postaci umowy z dnia 14 grudnia 2022 r.

Konkludując, w okolicznościach sprawy, brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu dalszego badania oferty Przystępującego, w tym wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie doświadczenia. Tym samym odwołanie należało oddalić, czemu Izba dała wyraz w punkcie 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca: