Sygn. akt: KIO 2365/23

POSTANOWIENIE

z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 22 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: Barbarę Kudaszewicz działającą pod nazwą PPH „Kudaszewicz" B.K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie

postanawia:

1.zwrócić wniesione odwołanie,

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: B.K. działającej pod nazwą PPH „Kudaszewicz" B.K., ul. Wspólna 71, 08-400 Sulbiny kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 2365/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: ,,Świadczenie usług żywienia zbiorowego dla pacjentów SPZOZ w Łukowie wraz z dzierżawą pomieszczeń", numer referencyjny: 7/23.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - 2023/S 072-218982.

W dniu 2 sierpnia 2023 r. na platformie zakupowej Zamawiającego zostało zamieszczone ogłoszenie o wyniku postępowania po ponownym badaniu i ocenie ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o.o. z siedziba w Gliwicach, zwanych dalej Konsorcjum.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: B.K. prowadząca działalność gospodarcza pod nazwą PPH „Kudaszewicz" B.K., ul. Wspólna 71,08 - 400 Sulbiny w dniu 9 sierpnia 2023 r. wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wadliwie przeprowadzone ponowne badanie i ocenę ofert, w wyniku czego oferta Konsorcjum została uznana jako spełniająca wymagania i oczekiwania Zamawiającego, oraz otrzymała najwyższą ilość punktów w kryterium ocena jakości na podstawie zaoferowanego jadłospisu wzorcowego dla diety podstawowej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przedstawił bilans kryteriów branych pod uwagę przy tej ocenie tj. cenę i parametry techniczne. O ile kryterium cena nie budzi żadnych wątpliwości, w dalszym ciągu, pomimo Wyroku KIO Sygn. akt: KIO 1710/2023 w którym wyraźnie zaznaczono że Odwołujący w ramach przedmiotowej sprawy wykazał, a Przystępujący potwierdził że „bez podania konkretnego produktu i jego ilości nie jest możliwe wyliczenie procentowej wartości energetycznej pochodzącej z makroskładników w ciągu dnia, tj. białek, tłuszczów, węglowodanów", Zamawiający przyjął podane przez Konsorcjum wartości kaloryczne oraz odżywcze jako wiarygodne, chociaż nie miał możliwości sprawdzenia prawdziwości tych danych nie posiadając receptur ani składu potraw oferowanych przez wykonawcę.

Według Odwołującego - pomimo jednoznacznej oceny KIO, iż opisane przez Zamawiającego dokumenty zamówienia były mało przejrzyste i że wykonawcy nie powinni ponosić konsekwencji podobnego uregulowania SWZ, a także skutków płynącej z tego uznaniowej interpretacji dokumentów zamówienia i samej oferty, Zamawiający przy ponownej ocenie złożonych ofert zastosował kryteria uznane przez KIO za nieprawidłowe i podtrzymał uznaniowy wybór oferty. Ten sposób oceny ofert Zamawiający przedstawił już w swojej Odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 czerwca 2023 roku (str. 11 odwołania), czyli jeszcze przed wydaniem Wyroku przez KIO, nie znając stanowiska KIO w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezasadnie przyznane punkty w kryterium całodzienna wartość kaloryczna posiłków (5 punktów), oraz w kryterium wartość odżywcza posiłków (10 punktów), gdyż Zamawiający nie był w stanie obliczyć tych wartości na podstawie złożonego przez Konsorcjum jadłospisu poglądowego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie zastosował się do Wyroku KIO, w którym wyraźnie jest napisane (str. 14) że: ,,Ostatecznie w okolicznościach tej sprawy Zamawiający powinien oprzeć się na oświadczeniu wykonawców z punktu 1 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) przyjmując, że wiążące jest stwierdzenie tych wykonawców, że: ,,Oferujemy świadczenie usług żywienia zbiorowego zgodnie z opisem w załączniku nr 2)".

Odwołujący wnosił o ponowne badanie i ocenę ofert przez Zamawiającego, stosując się do Wyroku KIO z dnia 30 czerwca 2023 r. Odwołujący Oświadczył, że posiada wiedzę i doświadczenie w świadczeniu usług zbiorowego żywienia ludzi chorych w Szpitalach, ZOL-ach czy DPS-ach. Zatrudnia dietetyka z wieloletnim doświadczeniem w planowaniu żywienia pacjentów szpitali. Odwołujący stwierdził, że zaproponował najniższą cenę na wykonanie usługi i oferuje świadczenie usług żywienia zbiorowego zgodnie z opisem w załączniku nr 2.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że odwołanie należało zwrócić na podstawie przepisu art. 519 ust.4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art.516 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp .

Zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy.

Z powołanego wyżej przepisu prawa wynika w sposób jednoznaczny, że istotą postępowania odwoławczego jest stwierdzenie czy dana czynność Zamawiającego nie stanowiła naruszenia konkretnego przepisu ustawy Pzp.

Zdaniem Izby – postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny i to na Odwołującym spoczywa obowiązek powołania odpowiedniej dyspozycji przepisu prawa, który został przez Zamawiającego naruszony.

Nawiązaniem do tego obowiązku jest wymóg formalny, będący jednocześnie merytoryczną treścią odwołania przewidziany w przepisie art.516 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp stosownie, do którego odwołanie zawiera zwięzłe przedstawienie zarzutów.

Według zapatrywania Izby - zwięzłe przedstawienie zarzutów odwołania powinno zawierać w sobie wskazanie konkretnego przepisu ustawy Pzp, który został naruszony czynnością Zamawiającego, a także przytoczenie okoliczności faktycznych sprawy, które mieszczą się w dyspozycji tego przepisu. Dopiero tak sformułowany zarzut odwołania pozwala na wydanie rozstrzygnięcia w sprawie.

Dodatkowo, na szczególną uwagę zasługuje treść art. 555 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba będąc związana powyższą normą prawną czuwa nad tym, aby nie wychodzić poza granice zgłoszonych zarzutów odwołania.

W sytuacji zaś, gdy Odwołujący nie wskazał przepisu, który został naruszony przez Zamawiającego odwołanie takie – w przekonaniu Izby - nie ma w ogóle przymiotu środka ochrony prawnej nadającego się do rozpoznania z następujących przyczyn.

Izba nie ma prawnej możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia odwołania poprzez żądanie wskazania przez Odwołującego treści konkretnych przepisów prawa, które zostały przez Zamawiającego naruszone, bowiem taka czynność wezwania stanowiłaby właśnie otwarcie drogi do rozszerzenia zarzutów odwołania po terminie jego wniesienia wbrew dyspozycji przepisu art.555 ustawy Pzp.

Wskazywane w odwołaniu naruszone przez Zamawiającego przepisy prawa – w ocenie Izby – stanowią merytoryczną treść odwołania i nie podlegają uzupełnieniu w ramach kompetencji Składu Orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej.

Wymaga podkreślenia na tle niniejszej sprawy, że zwięzłe przedstawienie zarzutów stanowi zarówno warunek formalny odwołania, jak i jego zawartość merytoryczną, która nie może zostać rozszerzona z uwagi na treść powołanego wyżej art.555 ustawy Pzp.

Jednocześnie, w myśl przepisu art.519 ust.1 ustawy Pzp w przypadku nieuiszczenia wpisu w terminie, o którym

mowa w , oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w , Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia.

Natomiast ust 4 cyt. wyżej przepisu stanowi, że przepisy ust. 1-3 stosuje się w przypadku niezachowania warunków formalnych odwołania lub braku pełnomocnictwa, stwierdzonych przez skład orzekający. Kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący sformułował odwołanie w sposób niezapewniający zachowania ustawowych warunków formalnych poprzez wadliwe i pozorne przedstawienie zwięzłych zarzutów odwołania.

Skład orzekający Izby nie może domyślać się intencji Odwołującego i domniemywać, które z przepisów ustawy Pzp zostały przez Zamawiającego naruszone.

A wobec tego rolą Izby nie świadczenie doradztwa prawnego dla Odwołującego, co stanowiłoby rażące naruszenie zasady równości uczestników postępowania odwoławczego.

Należy również wskazać, że ustawodawca ustanowił w postępowaniu odwoławczym swojego rodzaju przymus radcowsko-adwokacki, czego wyraz dał w przepisie art. 510 ust.1 ustawy Pzp przewidując, że pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia.

Wobec tego należy przyjąć, że Odwołujący jako profesjonalny uczestnik obrotu zamówień publicznych powinien mieć świadomość, że odwołanie powinno zawierać wskazanie w ramach zarzutu naruszonych przez Zamawiającego przepisów prawa wraz z podaniem okoliczności faktycznych korespondujących z tymi przepisami.

Nie jest wystarczające ogólne oświadczenie Odwołującego stanowiące dezaprobatę w stosunku do czynności Zamawiającego czy też powołanie się na rozstrzygnięcie w sprawie o sygn. akt KIO 1710/23.

W postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą po dwóch stronach występują profesjonalne podmioty, zajmujące równorzędną pozycję procesową i ustawodawca nie dopuścił możliwości złamania tej równowagi, w przeciwieństwie do postępowania administracyjnego, gdzie obywatel występując przeciwko instytucji publicznej jest w pozycji nierównorzędnej i stąd ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania od takiej decyzji administracyjnej poprzez proste wyrażenie przez obywatela niezadowolenia z decyzji administracyjnej bez obowiązku wskazywania jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.519 ust.4 w związku z art. 516 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……...