

Łódź 6 czerwca 2024 roku

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A,
02-676 Warszawa

Odwołujący: Lidia Żurawska – Stasiak

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GASTRONOMIA

91-738 Łódź, ul. Sporna 36/50

NIP 7271615786, REGON 472354821

telefon 502 387 227

email: maciej777722@wp.pl

reprezentowana przez radcę prawnego Michała Araszkiewicza

Kancelaria Radcy Prawnego Michał Araszkiewicz

ul. Sterlinga 27/29, lok. 306, 90-212 Łódź

tel. 501-057-497

email: araszkiewicz@list.pl

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej

Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi

92-213 Łódź, ul. Pomorska 251

NIP: 728-22-46-128, REGON: 472147559

tel. (42) 675 74 89, skrzynka ePUAP: /cskumedlodz/SkrytkaESP

e-mail: t.miazek@csk.umed.pl, zam.publ@csk.umed.pl

strona www <https://platformazakupowa.pl/transakcja/921080>

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: pn. „Świadczenie usług w zakresie przygotowywania i wydawania posiłków pacjentom, prowadzenie stołówki szpitalnej wraz z dzierżawą pomieszczeń i sprzętu” - nr postępowania: ZP/57/2024

Nr ogłoszenia: 2024/S 083-002514

Odwołanie

Działając w imieniu **Lidia Żurawskiej – Stasiak Przedsiębiorstwa Wielobranżowego GASTRONOMIA** na podstawie **art. 513 pkt. 1 i 2** ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2019) składam odwołanie wobec czynności:

1. badania i oceny ofert,
2. braku odrzucenia oferty Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o.o.
3. wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

1. art. 128 ust. 1 w związku z art. 128 ust. 4 i art. 139 oraz art. 16 pkt 1) pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o. o do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia ich treści w zakresie braku złożonego dokumentu *Aktualnego Zezwolenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych* oraz niekompletnego dokumentu polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej w zakresie OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruc pokarmowych,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c w związku z art. 7 pkt. 17 i art.16 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o.o. jako oferty złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie przedstawił na wezwanie zamawiającego określonych w SWZ podmiotowych środków dowodowych w postaci *Aktualnego Zezwolenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych* a także polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruc pokarmowych.

Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w sposób prawidłowy z uwzględnieniem warunków zamówienia określonych w SWZ,
3. dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o.o.,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, jest bowiem jednym z oferentów tego postępowania, jego oferta jest wprawdzie trzecia na liście rankingowej jednak postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej w trybie art. 139 pzp i oferta znajdująca się na miejscu drugim nie była jeszcze badana w ramach kwalifikacji podmiotowej pod kątem braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co oznacza iż oferta odwołującego cały czas może okazać się ofertą najkorzystniejszą. Skutkiem utrzymania dokonanych przez Zamawiającego zarzucanych naruszeń przepisów ustawy prawo

zamówień publicznych Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania kontraktu poprzez zamknięcie drogi do weryfikacji drugiej z ofert rankingowych a zatem i zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zysku z wykonania tego kontraktu (*lucrum cessans*) w sytuacji, gdy oferta odwołującego została wniesiona prawidłowo, odpowiada treści SWZ, w tym spełnia warunki i jest najkorzystniejszą zgodnie z ustanowionymi kryteriami (art. 505 §1 pzp).

„Przy stosowaniu trybu opisanego w art. 139 Prawa zamówień publicznych ocena braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczy tylko tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2022 r. KIO 128/22)

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi jako Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: pn. „Świadczenie usług w zakresie przygotowywania i wydawania posiłków pacjentom, prowadzenie stołówki szpitalnej wraz z dzierżawą pomieszczeń i sprzętu” - nr postępowania: ZP/57/2024.

Zamawiający prowadzi postępowanie z wykorzystaniem przewidzianej w ogłoszeniu i SWZ procedury odwróconej na podstawie art. 139 pzp co oznacza, iż Zamawiający najpierw dokonał badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej jedynie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Czynności te były jednak wadliwe.

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu, SWZ (w aktach postępowania)

W dniu 28 maja 2024 roku Zamawiający za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty zamieszczając pismo z dnia 28 maja 2024 roku, przy czym jako najkorzystniejszą wskazana została oferta Naprzód Catering Sp. z o.o., dalej Naprzód. Tylko zatem oferta Naprzód była kompleksowo poddana badaniu także w ramach spełnienia warunków udziału. Oferta Odwołującego była na trzecim miejscu. Wniesienie odwołania nastąpiło w terminie z art. 515 §1 ust. 1 lit. a) ustawy.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 maja 2024 (w aktach postępowania)

Przedmiotem zamówienia było świadczenie usług w zakresie przygotowywania (w pomieszczeniach kuchni szpitalnej z zapleczem dzierżawionej od Szpitala) i wydawania w miejscu wyznaczonym (punkt wydawania posiłków) posiłków dla pacjentów z produktów

własnych oraz prowadzenie bufetu ze stołówką wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni z zapleczem i bufetu ze stołówką (Rozdział IV pkt 1 SWZ)

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w SWZ (Rozdział VIII SWZ Informacja o Warunkach Udziału w Postępowaniu):

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym – zamawiający nie stawia warunku;*
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów - zamawiający stawia warunki – patrz rozdz. IX.- II.*
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej - zamawiający stawia warunki – patrz rozdz. IX.- II.*
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający stawia warunki – patrz rozdz. IX.- II.*

We wskazanych postanowieniach Rozdziału IX-II SWZ (Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, którego oferta zostanie najwyżej oceniona) – II. (Dokumenty lub oświadczenia, jakich żąda zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu) Zamawiający dookreślił żądane środki podmiotowe.

W zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 112 ust. 2 pkt. 2 pzp) Zamawiający zgodnie z pkt 7 Rozdziału IX- II wymagał dwóch dokumentów:

Zamawiający uzna za spełnienie wymogu dot. załącznika nr 12, jeśli Wykonawca przedstawi:

- 1/ Aktualne Zezwolenie Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych,*
- 2/ Wpis do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej zgodnie z art. 62 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. z 2020 r., poz. 2021 tj.).*

W zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. 112 ust. 2 pkt. 3 pzp) Zamawiający zgodnie z pkt 8 Rozdziału IX- II wymagał dokładnie oznaczonej polisy OC, obejmującej co najmniej dwa odrębne zakresy OC deliktowe i odrębnie OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyka zatruc pokarmowych, przy czym wprost określono, iż: *Zamawiający uzna za spełnienie wymogu dot. załącznika nr 13, jeśli Wykonawca przedstawi polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie:*

- OC deliktowego na sumę gwarancyjną nie mniej niż 1.000 000 PLN na jedno zdarzenie w okresie ubezpieczenia;*

- **OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruc pokarmowych** na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1.000 000 PLN na jedno zdarzenie w okresie ubezpieczenia;

Wypada zauważyć, iż zgodnie z art. 7 pkt. 17) przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, **spełniania warunków udziału w postępowaniu** lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

„Treść warunku powinna być rozumiana/interpretowana zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jakkolwiek zmiana treści warunku, przyjęcie odmiennej interpretacji treści warunku (niż wynika to z jego literalnego brzmienia) po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne.” (Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2023 r. KIO 1119/23).

Zamawiający wskazał jednoznacznie i wprost jakich środków podmiotowych żąda na wykazanie spełniania przez wykonawców postawionych warunków w zakresie prowadzenia określonej działalności gospodarczej oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywał wykonawcę Naprzód, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający określił, przewidział zatem Wykonawcy termin w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c pzp na złożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Termin ten upłynął bezskutecznie w zakresie dwóch dokumentów.

Wykonawca Naprzód nie złożył wszystkich wymaganych przez Zamawiającego treścią SWZ podmiotowych środków dowodowych oraz zgodnie z postawionymi warunkami.

Dowód: - zaświadczenie Naprzód z dnia 24 listopada 2023 roku o wpisie do rejestru (w aktach postępowania)

- polisa ubezpieczeniowa Naprzód (w aktach postępowania)

Wykonawca Naprzód **nie złożył dokumentu Aktualnego Zezwolenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych**. Wykonawca Naprzód złożył tylko jeden z wymaganych w tym zakresie dokumentów, a więc *Wpis do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli*. Czym innym jest dokument zezwolenia i to aktualnego na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych, które to zezwolenie następuje w formie zatwierdzenie spełnienia warunków sanitarno-epidemiologicznych konkretnego zakładu w określonym czasie (stąd wymóg aktualizacji, tj spełniania warunków dziś a nie w niedookreślonym czasie). Jest to dokument stwierdzający spełnienie materialnych przesłanek poprawności sanitarnej konkretnego miejsca. Dokument ten wymaga także aktualizacji, co wymagała zamawiający. Zupełnie czym innym jest potwierdzenie wpisu do

rejestru zakładów podlegających kontroli sanepidu, gdyż to jest dokument formalnie potwierdzający możliwość dokonywania kontroli warunków sanitarnych i wpis danego zakładu do rejestru. Pierwszy z dokumentów jest wynikiem kontroli spełniania warunków (rzeczywiste potwierdzenie warunków sanitarnych w danym czasie), drugi jedynie podstawą do takich kontroli (formalnego podlegania kontroli z urzędu). W obrocie prawnym funkcjonują oba takie dokumenty, jednego z nich a wymaganego SWZ Naprzód nie złożył.

Wykonawca Naprzód **nie złożył także polisy ubezpieczeniowej** w treści, której wskazany byłby także dodatkowo wymagany zakres **OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruć pokarmowych**. Wykonawca Naprzód złożył polisę ubezpieczeniową w której w ogóle nie ma OC za produkt, a tym bardziej zatem nie ma OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruć pokarmowych.

Zupełnie czym innym jest OC deliktowe prowadzonej działalności wobec szczególnego zakresu OC produktu danej usługi. W tym przypadku produktem usługi jest posiłek dla pacjenta. W zakresie tego konkretnego produktu Zamawiający zgodnie z obiektywnymi, słusznymi potrzebami żądał szerszej ochrony ubezpieczeniowej OC (ponad deliktowej) i to nie tylko za produkt, ale dodatkowo rozszerzony o zatrucia pokarmowe wynikające z tego produktu.

Należy też wyraźnie zauważyć, iż OC deliktowe oparte jest, jak wszystkie reżimy *ex delicto*, na zaistnieniu winy jako elementu podstawy tej odpowiedzialności. Odpowiedzialność cywilna deliktowa jest bowiem uregulowana w kodeksie cywilnym w przepisach art. 415 i następne. Natomiast OC za produkt jest odpowiedzialnością opartą *ex kontraktu*, opartą na ryzyku samego nienależytego wykonania lub niewykonania umowy w zakresie produktu (posiłku) i wynika z art. 471 kc. Odpowiedzialność za produkt wynika z istniejącego między stronami stosunku prawnego, umowy o wykonanie usługi żywienia i oznaczonego, dookreślonego produktu. Jeżeli zobowiązanie dostarczenia produktu nie zostanie wykonane lub będzie wykonane w sposób nienależyty (zatrucie pokarmowe), zobowiązany do jego wykonania ponosi odpowiedzialność za sam fakt wady produktu rozumianej jako skutek zatrucia. Chronioną bowiem polisą wadą produktu miał być skutek zatrucia pokarmowego wynikający z produktu. Takiej ochrony ubezpieczeniowej Naprzód nie ma.

Podstawowym uprawnieniem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest określenie oczekiwanej usługi, w postaci warunków zamówienia. *„Nie tylko wykonawca, lecz również zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ww. ustawy,*

przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2019-04-19, KIO 621/19).

Desygnat pojęcia warunków zamówienia jest zdefiniowany wprost w ustawie a jego zakres jest bardzo szeroki. *„Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: ... warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć **warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego**”* (art. 7 pkt 29 pzp).

Proces zatem tworzenia warunków zamówienia nie jest bagatelny a każdy sprecyzowany warunek zamówienia musi być zastosowany. Taki jest cel stawiania warunków. Każde odstępstwo Zamawiającego od stworzonych przez niego warunków zamówienia jest nieprawidłowością, dającą podstawy skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. *„Punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.”* (Por Wyrok KIO z 29 listopada 2021 r. KIO 3274/21).

Zgodnie z art. 128 ust. 1, jeżeli wykonawca **nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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...

Zamawiający nie wezwał Naprzód we wskazanym trybie mimo braku złożenia dokumentu aktualnego zezwolenia na działalność w zakresie usług żywienia jak również mimo złożenia polisy ubezpieczeniowej niekompletnej lub braku złożenia polisy OC produktu z wymaganym rozszerzeniem.

Zgodnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

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

„W konsekwencji Izba uznała, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w, co powinno skutkować unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzeniem czynności badania i oceny ofert. Przy czym Izba nie miała na tym etapie podstaw do nakazania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)” (Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2023 r. KIO 1817/23).

Oferta Naprzód nie spełnia określonych przez Zamawiającego a opisywanych w odwołaniu warunków zamówienia. *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. 2. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami.”* (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. KIO 926/22)

Reasumując, Zamawiający dokonał wyboru oferty Naprzód, mimo, iż oferta ta nie spełnia określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, co wprost wynika z dotychczas złożonych podmiotowych środków dowodowych, co uzasadnia odwołanie w całości.

Załączniki:

1. dowód uiszczenie opłaty od odwołania,
2. dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu,
3. pełnomocnictwo,
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
5. zaświadczenie Naprzód z dnia 24 listopada 2023 roku o wpisie do rejestru,
6. polisa ubezpieczeniowa Naprzód.