

WYROK

z dnia 31 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 r. przez wykonawcę

CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Dom Pomocy Społecznej „BUDOWLANI” w Warszawie, ul. Elekcyjna 6; 01-128 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje”, ul. Sosnkowskiego 29; 02-495 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź** na rzecz zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Dom Pomocy Społecznej „BUDOWLANI” w Warszawie, ul. Elekcyjna 6; 01-128 Warszawa**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Dom Pomocy Społecznej „BUDOWLANI” w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Świadczenie usługi zbiorowego żywienia mieszkańców Domu Pomocy Społecznej „Budowlani” przy ul. Elekcyjnej 6 w Warszawie wraz z dzierżawą pomieszczeń zespołu kuchennego i wyposażenia w okresie od dnia 01.02.2023 r. do dnia 31.01.2025 r.”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 2 grudnia 2022 r., pod nr 2022/BZP 00474037/01.

Dnia 11 stycznia 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 16 stycznia 2023 roku, wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.:

- a) odrzucenie oferty odwołującego;
- b) wybór oferty wykonawcy – Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje” i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo niespełnienia warunków udziałów w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy różnica w cenie zaoferowanej przez odwołującego była nieznacznie niższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje”, wobec czego wezwanie odwołującego przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowanych, było bezzasadne,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy – Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje”, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, bowiem wykonawca ten wykazał wykonywanie dwóch usług:
 - a) jednej na rzecz Caritas Archidiecezji Warszawskiej – w okresie od listopada 2021 do chwili obecnej;
 - b) drugiej na rzecz Warszawskiego Centrum Integracji „Integracyjna Warszawa” – w okresie od listopada 2020 roku do chwili obecnej (usługa „ciągnąca się”), a jako

niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji należy uznać wybiórcze (selektywne) sumowanie wartości kilku wybranych umów zawartych z tym samym zamawiającym w przedmiocie tej samej usługi przy jednoczesnym traktowaniu innych umów z tym zamawiającym jako odrębnej usługi – w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

3. ewentualnie art. 128 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy – Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje” do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedstawiona przez niego referencja, wystawiona przez Warszawskie Centrum Integracji „Integracyjna Warszawa” z dnia 21.12.2022 r. wskazuje nie na wykonanie przez wykonawcę co najmniej dwóch usług w ramach odrębnych umów, lecz na wykonywanie ciągle (nieprzerwane) tej samej usługi na rzecz tego samego zamawiającego;
4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p (jako zarzut wynikowy) poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty – Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje”, podczas gdy oferta ta nie została zweryfikowana przez zamawiającego w kontekście tego, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) w zakresie nr 2 – odrzucenie oferty wykonawcy – Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje” – z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 3) w zakresie zarzutu nr 3 (ewentualnego) – wezwanie wykonawcy – Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje” – do uzupełnienia wykazu usług (załącznik nr 5 do SWZ) oraz podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania, że wykonawca spełnia warunek udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, tj. wykaże legitymuje się co najmniej trzema oddzielnymi zamówieniami o wielkości i charakterze porównywalnym z przedmiotem zamówienia, tj. świadczeniem usług całodziennego zbiorowego żywienia w domach pomocy społecznej, domach opieki, podmiotach wykonujących działalność leczniczą, szpitalach, zakładach opiekuńczo-leczniczych, ośrodkach pomocy społecznej o wartości rocznej co najmniej 300 000,00 zł każde.

Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem gdyby jego oferta nie została odrzucona, byłaby oceniona jako najkorzystniejsza.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z wyżej powołanym przepisem, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z ustalonego i niekwestionowanego przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego stanu faktycznego sprawy wynika, iż zamawiający 20 grudnia 2022 roku, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowanych. Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na złożenie wyjaśnień do 23 grudnia 2022 roku, godz. 13:00.

Odwołujący w wyznaczonym terminie, nie złożył wyjaśnień.

W związku z powyższym, zamawiający 11 stycznia 2023 roku poinformował: o odrzuceniu oferty odwołującego – na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz o wyborze oferty wykonawcy – Spółdzielnia Socjalna „Kto rano wstaje”.

Zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z ustalonym w sprawie stanem rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż oferta odwołującego została odrzucona z postępowania, a czynności kwestionowane przez odwołującego przedmiotowym odwołaniem dotyczą *de facto* wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, czyli są spóźnione. Odwołujący niniejszym odwołaniem próbuje wzruszyć termin na ww. czynność zamawiającego kwestionując podstawy faktyczne do skierowania wezwania do

odwołującego. Jednakże Izba zwraca uwagę, iż termin na wniesienie odwołania wobec wskazanej czynności zamawiającego upłynął w dniu 27 grudnia 2022 roku. Skoro zatem odwołujący nie kwestionował tej czynności zamawiającego, to nie ma możliwości do stawiania zarzutów w tym zakresie na późniejszym etapie postępowania. Stanowiłoby to niedopuszczalne wzruszenie zawitego terminu na wniesienie odwołania. Konsekwencją niezłożenia zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest odrzucenie oferty odwołującego. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, który na rozprawie twierdził, że zamawiający w wezwaniu nie wskazał konsekwencji prawnych braku złożenia wyjaśnień i nieprawidłowo podał podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący jako doświadczony wykonawca, biorący udział w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz wielokrotnie występujący przed Krajową Izbą Odwoławczą doskonale zdaje sobie sprawę z konsekwencji faktycznych i prawnych braku złożenia wyjaśnień zamawiającemu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Co za tym idzie, skoro oferta wykonawcy podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną zastosowanie znajdują przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przyjąć zatem należy, iż odwołujący był świadomy konsekwencji jakie niesie za sobą niezłożenie wyjaśnień, co oznacza, że podnoszenie zarzutów na obecnym etapie postępowania (w zakresie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień) uznać należało za spóźnione a w konsekwencji odwołujący nie jest w stanie uzyskać przedmiotowego zamówienia, czyli nie ma interesu we wniesieniu odwołania.

Dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej – oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii – musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że:

- 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę,
- 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie. Jest to warunek skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej, co podlega badaniu przez organy rozpoznające środek ochrony prawnej. Stwierdzenie braku zaistnienia tych przesłanek skutkuje oddaleniem środka ochrony prawnej (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza. Warszawa 2021).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: