

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Catermed S.A. w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o. o. w Gliwicach i Naprzód Service Sp. z o. o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej w Starachowicach

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 128 p.z.p. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Z. G. i K. G. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą S.C. GOMI Z. G., K. G. w Poniatowej w zakresie:
 - 1.1. wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wymaganej zdolności podmiotowej w przedmiocie posiadania certyfikatu ISO 9001:2015 – tiret 3 ppkt 4 pkt 2 rozdział VIII SWZ, na dzień składania ofert,
 - 1.2. wyjaśnienia, czy wykonawcy będą mogli świadczyć usługi na rzecz zamawiającego w tzw. kuchni awaryjnej – tiret 5 ppkt 4 pkt 2 rozdziału VIII SWZ, wskazanej w oświadczeniu wykonawców z dnia 14 czerwca 2021 r.,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża zamawiającego Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej w Starachowicach oraz w części 1/2 odwołującego konsorcjum Catermed S.A. w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o. o. w Gliwicach i Naprzód Service Sp. z o. o. w Łodzi i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum Catermed S.A. w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o. o. w Gliwicach i Naprzód Service Sp. z o. o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Powiatowego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Starachowicach na rzecz odwołującego konsorcjum Catermed S.A. w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o. o. w Gliwicach i Naprzód Service Sp. z o. o. w Łodzi kwotę 9 346,00 zł (dziewięć tysięcy trzysta czterdzieści sześć złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.) 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

wyroku z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1879/21

Zamawiający – Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej w Starachowicach ul. Radomska 70, 27 - 200 Starachowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa całodobowego żywienia pacjentów Powiatowego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Starachowicach”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 086-222634, dalej zwane jako „postępowanie”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 24 czerwca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum Catermed S.A. ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91 - 204 Łódź, Jol-Mark Sp. z o. o. ul. Portowa 16G, 44 - 100 Gliwice i Naprzód Service Sp. z o. o. ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź (dalej zwani „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 359 pkt 1 Pzp w związku z art. 125 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy s.c. Gomi Z. G. K. G. do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, które wykazywałyby spełnianie warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie:
 - a) dysponowaniem kuchni awaryjnej przez cały okres obowiązywania umowy;
 - b) legitymowania się usługą trwającą minimum 9 miesięcy na rzecz Zamawiającego, którym jest jednostka służby zdrowia (szpital, klinika, przychodnia) o łącznej wartości (umów) brutto minimum 1.500.000,00 zł w skali zamówienia, która swym zakresem obejmowała świadczenie usług w zakresie całodziennego wyżywienia min. 150 pacjentów, wraz transportem posiłków z kuchni i dystrybucją posiłków do łóżka lub stolika pacjenta (w czasie pandemii do drzwi oddziału);
 - c) dysponowania certyfikatem ISO 9001, wystawionym (obowiązującym) z datą, nie późniejszą niż data składania ofert.
2. art. 226 ust. 2 pkt b Pzp w związku z art. 125 ust. 3 Pzp i art. 359 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy s.c. Gomi Z. G. K. G., w sytuacji gdy nie spełnia on warunku udziału w zakresie dysponowania certyfikatem ISO 9001, na

dzień składania ofert, co wynika z treści złożonego przez tego wykonawcę certyfikatu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o wezwanie Z. G. i K. G. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w oparciu o umowę spółki cywilnej o nazwie S.C. GOMI Z. G., K. G. w Poniatowej (dalej jako „wykonawca Gomi”) do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, które wykazywałyby spełnianie warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie: a) dysponowania kuchnią awaryjną przez cały okres obowiązywania umowy oraz, którą będzie można wykorzystywać na cele produkcji posiłków na rzecz zamawiającego, b) usługą trwającą minimum po 9 miesięcy na rzecz zamawiającego, którym jest jednostka służby zdrowia (szpital, klinika, przychodnia) o łącznej wartości (umów) brutto minimum 1 500 000,00 zł w skali zamówienia, która swoim zakresem obejmowała świadczenie usług w zakresie całodziennego wyżywienia min. 150 pacjentów wraz z transportem posiłków z kuchni i dystrybucją posiłków do łóżka lub stolika pacjenta (w czasie pandemii do drzwi oddziału), c) certyfikatu ISO 9001 wystawionego (obowiązującego) z datą, nie późniejszą niż data składania ofert. Wniesiono także o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego wyboru.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. W ppkt 4 pkt 2 rozdziału VIII SWZ zamawiający postawił wykonawcom warunki udziału w postępowaniu, wykonawca Gomi nie wykazał spełnienia poniższych warunków podmiotowych.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają legitymować się wdrożeniem systemu HACCP potwierdzonego certyfikatem wydanym przez jednostkę akredytującą lub o posiadaniu wdrożonego i funkcjonującego systemu zarządzania ISO 22000:2018 oraz ISO 9001:2015. Wykonawca Gomi w dniu 15.06.2021 złożył certyfikat ISO 9001 z datą decyzji certyfikacyjnej 15.06.2021 r. oraz datą wydania 15.06.2021 r., co nie potwierdza posiadania certyfikatu ISO 9001 na dzień składania ofert, więc nie spełniono warunku udziału w postępowaniu i oferta wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 2 pkt b p.z.p., ewentualnie zamawiający powinien wezwać wykonawcę w tym zakresie.

Zamawiający wymagał także posiadania kuchni awaryjnej. W odpowiedzi na pytania z dnia 31 maja 2021 r. (odpowieź na pytanie 3.18) zamawiający potwierdził, że wykonawca ma dysponować kuchnią awaryjną przez cały okres obowiązywania umowy. Termin realizacji zamówienia wynosi 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Wykonawca Gomi w oświadczeniu z dnia 14.06.2021 r. potwierdził dysponowanie kuchnią awaryjną, jednak nie potwierdził dysponowania nią przez cały okres przewidywanego trwania umowy. Z załączonych przez wykonawcę dokumentów, tj. z umowy nr 140/Z/2012 z jej § 3 wynika, że wykonawca dysponuje pomieszczeniami kuchni do 31.12.2021 r., co nie potwierdza wymogu zamawiającego. Co więcej, wykonawca Gomi załączył na potwierdzenie dysponowania kuchnią awaryjną umowę najmu nr 23/S/2012 w Kozienicach, gdzie w § 6 wskazano, iż najemca nie może bez uzyskania pisemnej zgody wynajmującego

prowadzić w wynajmowanych pomieszczeniach innej działalności, niż działalność związana z przygotowaniem posiłków dla pacjentów SPZOZ w Kozienicach. Wykonawca nie załączył potwierdzenia wykorzystania pomieszczeń do realizacji innych zamówień, czyli nie potwierdza możliwości przygotowania posiłków dla zamawiającego w kuchni awaryjnej. Wykonawca nie spełnił stawianego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający postawił również warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia w zakresie wykonania co usług, które m.in. obejmowały transport posiłków z kuchni i dystrybucję posiłków do łóżka lub stolika pacjenta (w czasie pandemii do drzwi oddziału). Wykonawca Gomi wskazał usługę dla SPZOZ w Radzynie Podlaskim, która obejmowała w usłudze podstawowej dostawę posiłków na poszczególne oddziały bez dystrybucji posiłków do łóżka lub stolika pacjenta, co za tym idzie nie spełnia warunku udziału w tym zakresie.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że postawione czynnościom zamawiającego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie

faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało częściowo uwzględnione (w zakresie zarzutu nr 1 lit. c i częściowo zarzutu 1 lit. a z *petitum* odwołania). W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert – w tym wezwanie w trybie art. 128 p.z.p. wykonawcy Gomi do wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania certyfikatu ISO 9001:2015 na dzień składania ofert i wyjaśnienia, czy wykonawca będzie mógł świadczyć usługi na rzecz zamawiającego w tzw. kuchni awaryjnej wskazanej w swoim oświadczeniu z dnia 14 czerwca 2021 r.

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały rozstrzygnięcie sprawy do weryfikacji, czy wykonawca Gomi prawidłowo wykazał wymaganą przez zamawiającego zdolność podmiotową w zakresie trzech aspektów: 1) posiadania certyfikatu ISO 9001:2015, 2) dysponowania tzw. kuchnią awaryjną, będącą zapleczem kuchennym zapewniającym ciągłość żywienia na czas ewentualnej awarii kuchni zamawiającego dzierżawionej przez wykonawcę, 3) wykazania się niezbędnym doświadczeniem. Odwołujący podważał bowiem złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe, zarzucając im wady i błędy wskazane w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zamawiający nie korzystał z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Skład orzekający zaznacza, że zastosowanie trybu naprawczego jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił żadnej dowolności jednostce zamawiającej, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (czyli w każdym innym wypadku, kiedy ewentualne uzupełnienie/poprawienie nie spowoduje, że potencjał może zostać prawidłowo wykazany – przykładowo, kiedy dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, i żadna z tych sytuacji nie wystąpiła w rozpoznawanym sporze.

W ustalonym stanie rzeczy powyższe oznacza, że przed eliminacją wykonawcy z postępowania i uznaniem, że nie wykazał on w sposób odpowiedni posiadania wymaganych zdolności podmiotowych, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia. Omawiana norma, na gruncie uchylonych przepisów p.z.p. była uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) i dotychczasowe, ugruntowane orzecznictwo, wobec jedynie redakcyjnej zmiany brzmienia przepisu, pozostaje nadal aktualne. Zatem, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. sygn. akt: XXIII Ga 302/19 „W sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie będzie wynikało z nich, że wykonawca

spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, wówczas zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 26 ust. 3 ZamPublU. (...) Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ZamPublU ma charakter jednorazowy. Dopiero jednak po zastosowaniu tej procedury, jeżeli dany wykonawca nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ZamPublU wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród pozostałych ofert do przedłożenia stosownych dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest zaś prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. Jak wskazuje się w doktrynie, jest to niewątpliwie zaleta tych przepisów, gdyż eliminuje uznaniowość i dowolność, co zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Jerzy Pieróg). Zamawiający nie może zatem wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu lub niewykazania braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 ZamPublU), jeżeli nie zastosował wcześniej w tym zakresie art. 26 ust. 3 ZamPublU. Ponadto obowiązek określony w art. 26 ust. 3 ZamPublU nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni”. W konsekwencji oznacza to, że eliminacja wykonawcy z postępowania bez wezwania go w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. byłaby przedwczesna i naruszałaby zasady p.z.p. Ponadto, Izba ustaliła, że zamawiający nie korzystał w postępowaniu także z art. 128 ust. 4 p.z.p., na podstawie którego może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych środków podmiotowych lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Skład orzekający ustalił dalej, że w rozdziale VIII SWZ pt. warunki udziału w postępowaniu w pkt 2 ppkt 4 zamawiający określił warunki dotyczące posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej, co znalazło odzwierciedlenie w rozdziale X SWZ pt. oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia.

W przedmiocie certyfikatu ISO 9001, w tirecie 3 ppkt 4 pkt 2 rozdział VIII SWZ zamawiający wymagał oświadczenia wykonawcy o wdrożeniu systemu HACCP potwierdzonego certyfikatem wydanym przez jednostkę akredytującą lub o posiadaniu wdrożonego i funkcjonującego systemu zarządzania ISO 22000:2018 oraz ISO 9001:2015. Izba zgadza się z odwołującym, że z dokumentacji postępowania wynika obowiązek posiadania dwóch certyfikatów – certyfikatu HACCP (lub równoważnego certyfikatu ISO 22000:2018, także dotyczącego systemu zapewnienia bezpieczeństwa i jakości żywności) i certyfikatu ISO 9001, który zgodnie z normą PN-EN ISO 9001:2015 dotyczy systemu zarządzania jakością w organizacji. Zatem złożenie przez zamawiającego certyfikatu HACCP

nr 1311/2020 z dnia 18.11.2020 r. nie powoduje, że właściwie wykazano legitymowanie się przez wykonawcę Gomi certyfikatem ISO 9001, ponieważ są to całkowicie odmienne dokumenty, dotyczące innego obszaru certyfikacji. Skład orzekający podzielił także stanowisko odwołującego, iż złożony przez wykonawcę Gomi – na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 p.z.p. – certyfikat nr 19511/C/1 z dnia 15.06.2021 r. nie potwierdza, że wykonawca na dzień składania ofert posiadał stosowne uprawnienia ISO 9001, więc oświadczenie wykonawcy Gomi o wdrożeniu systemu ISO 9001 zostało niepotwierdzone.

W konsekwencji powyższego Izba uwzględniła zarzut nr 1 lit. c z *petitum* odwołania i nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawcy Gomi w trybie art. 128 p.z.p. Dopiero po właściwym wezwaniu będzie można stwierdzić, czy wykonawca faktycznie nie posiada odpowiedniego potencjału podmiotowego i bez zastosowania obowiązkowego trybu naprawczego, o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia, odrzucenie oferty tego wykonawcy na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. byłoby przedwczesne, więc zarzut nr 2 z *petitum* odwołania nie mógł zostać przez skład orzekający uwzględniony.

Odwołujący podważał także oświadczenie wykonawcy Gomi o posiadaniu tzw. kuchni awaryjnej (tiret 5 ppkt 4 pkt 2 rozdziału VIII SWZ, zgodnie z którym wykonawca miał dysponować zapleczem kuchennym, w którym będzie mógł zapewnić ciągłość żywienia na czas awarii kuchni zamawiającego dzierżawionej przez wykonawcę o parametrach wskazanych w SWZ), w okresie obowiązywania umowy.

Zgodnie z materiałem procesowym wykonawca Gomi na wezwanie zamawiającego złożył oświadczenie z dnia 14.06.2021 r., gdzie wskazano m.in., że kuchnia awaryjna znajduje się w miejscowości Kozienice. Do oświadczenia dołączono także dwie umowy: umowę nr 130/Z/2012 z dnia 05.12.2012 r. na wykonanie zamówienia dotyczącego całodziennego żywienia pacjentów Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Kozienicach i umowę nr 23/S/2012 z dnia 05.12.2012 r. na najem pomieszczeń kuchni ww. szpitala w Kozienicach, z przeznaczeniem na prowadzenie przygotowania posiłków w celu wykonania umowy nr 130/Z/2012.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że zamawiający nie żądał składania żadnych umów, zostały one złożone z inicjatywy wykonawcy Gomi. W lit. e ppkt 4 pkt 7 działu X SWZ wymagano jedynie oświadczenia wykonawcy. Tym niemniej, skoro już złożono przedmiotowe umowy nie można ich pominąć, w szczególności, iż podważają one oświadczenie złożone przez wykonawcę.

Po drugie, rację ma odwołujący, że z § 6 ust. 2 umowy nr 23/S/2012 z dnia 05.12.2012 r. na najem pomieszczeń wynika, że najemca bez uzyskania pisemnej zgody wynajmującego nie może prowadzić w wynajmowanych pomieszczeniach innej działalności, niż związana z przygotowaniem posiłków dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Kozienicach, co powoduje częściowe potwierdzenie okoliczności

podniesionych w zarzucie nr 1 lit. a z *petitum* odwołania. Zamawiający powinien tę okoliczność wyjaśnić podczas badania i oceny ofert w trybie art. 128 ust. 4 p.z.p. i zapytać wykonawcę, czy taką zgodę otrzymano. Jeżeli nie, trudno uznać oświadczenie wykonawcy za prawidłowe i potencjał podmiotowy nie zostanie wtedy wykazany prawidłowo, a zastosowanie w tym zakresie znajdzie art. 128 ust. 1 p.z.p. obligujący zamawiającego do jednorazowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia zdolności podmiotowej poprzez wskazanie innej kuchni awaryjnej.

Zamawiający przedłożył Izbie aneks do umowy 130/Z/2012 z dnia 12.09.2016 r., zgodnie z którym przedłużono umowę na sporządzanie i dostarczanie posiłków do dnia 31.12.2023 r., więc trudno uznać za uzasadnione stanowisko odwołującego, że wykonawca Gomi nie będzie dysponował sporną kuchnią przez okres trwania umowy dla zamawiającego, co oparto na założeniu, że rzeczona umowa kończy się w obecnym roku i tylko do tego czasu wykonawca dysponuje pomieszczeniami kuchni. Skoro zatem przedłużono umowę na sporządzenia posiłków do końca roku 2023 r. trudno uznać, że bezpośrednio związana z nią umowa na najem kuchni nie została przedłużona (*vide* § 1 umowy nr 23/S/2012 z dnia 05.12.2012 r.). W związku z przedłożonym przez zamawiającego materiałem dowodowym skład orzekający nie podzielił argumentacji odwołującego co do wątpliwości w zakresie oświadczenia wykonawcy Gomi o dysponowaniu sporną kuchnią we właściwym terminie, będącym terminem realizacji zamówienia.

Odwołujący podnosił również, że wykonawca Gomi nie wykazał w sposób prawidłowy wymaganego doświadczenia zawodowego w zakresie jednej z usług wykonanej dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radzynie Podlaskim (poz. nr 2 z wykazu usług, list referencyjny z dnia 26.05.2021 r.), ponieważ w jego ocenie nie było wymaganego przez zamawiającego elementu dystrybucji posiłków do łóżka lub stolika pacjenta (tiret 4 ppkt 4 pkt 2 rozdziału VIII SWZ), co powoduje niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak podnoszono w zarzucie nr 1 lit. b z *petitum* odwołania.

Umknęło jednak uwadze odwołującego, że przedmiotowy warunek mógł być wykazany nie tylko poprzez czynność dostarczania posiłków do łóżka lub stolika pacjenta, a także poprzez dostarczanie posiłków do drzwi oddziałów – w okresie epidemii SARS-CoV-2, i w ten sposób wykonawca Gomi prawidłowo wykazał niezbędne doświadczenie, co wynika z listu referencyjnego, w którym potwierdzono tę okoliczność. Rację ma również zamawiający, że epidemia trwa już ponad 9 miesięcy (rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r., poz. 491 ze zm.)), co przekracza okres wymagany w warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenia z referencji nie podważa złożona przez odwołującego umowa nr 22/2010 z dnia 02.11.2010 r. wraz z aneksami (nr 1/2012 z dnia 01.01.2012 r., nr 1 z dnia 09.10.2012 r., nr 1/2013 z dnia 30.01.2013 r., nr 1/2014 z dnia

04.03.2014 r., nr 1/2018 z dnia 05.02.2018 r., nr 1/2019 z dnia 01.03.2019 r., nr 1/2020 z dnia 11.02.2020 r., nr 2/2020 z dnia 21.04.2020 r., nr 3/2020 z dnia 30.10.2020 r. oraz nr 1/2021 z dnia 01.02.2021 r.) dotycząca usługi referencyjnej wykonawcy Gomi. Dowód ten potwierdza obowiązek dostarczania pożywienia na oddziały szpitalne (§ 2 ust. 3 pkt 1 i ust. 9 ww. umowy), co spełnia wymagania zamawiającego postawione w warunku udziału w postępowaniu, przy uwzględnieniu okresu pandemii, co bezpośrednio wskazano w referencjach. Zatem w ocenie Izby doświadczenie w tym aspekcie zostało wykazane prawidłowo i omawiany zarzut w tej części został przez skład orzekający oddalony.

Ponadto, na posiedzeniu odwołujący złożył faktury VAT dotyczące ww. umowy wraz z korespondencją elektroniczną potwierdzającą, że uzyskano je w trybie informacji publicznej i podnoszono, iż jedynie w okresie siedmiu miesięcy zapotrzebowanie szpitala osiągnęło minimalną wymaganą w warunku przez zamawiającego wartość żywienia 150 pacjentów. Izba stwierdziła, że takich okoliczności nie wskazano w rozpoznawanym środku ochrony prawnej. Dowody dotyczą faktów podniesionych przez odwołującego poza odwołaniem, kiedy postępowanie dowodowe nie może służyć jako pretekst do uzupełniania okoliczności, które strona jest zobowiązana wskazać już we wniesionym środku zaskarżenia.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 p.z.p. odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Aby skład orzekający mógł rozpoznać zarzut, konieczne jest postawienie go na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej już we wniesionym środku ochrony prawnej, ponieważ Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 555 p.z.p., por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18).

Jeżeli odwołujący wskaże okoliczności faktyczne dopiero na rozprawie Izba nie ma możliwości, by je uwzględnić. Obowiązkiem strony jest w pierwszej kolejności wskazanie w środku zaskarżenia okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które mogłyby zostać naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Przy czym ciężar twierdzenia, czyli wskazania okoliczności faktycznych, wyprzedza ciężar dowodzenia, więc skład rozpoznający spór nie ma podstaw, aby rozpatrzyć nowe fakty dotyczące referencji wykonawcy Gomi, ponieważ nie było ich w odwołaniu.

Odwołujący nie wskazał także na żadne okoliczności, które powodowałyby brak możliwości podania wszystkich okoliczności faktycznych w terminie zawitym na wniesienie

środka zaskarżenia, zaś starania o pozyskanie omawianych dowodów podjęto dopiero 21 lipca 2021 r. (zgodnie z korespondencją elektroniczną wtedy zwrócono się do SPZOZ w Radzynie Podlaskim z wnioskiem o udostępnienie faktur VAT), więc siłą rzeczy w odwołaniu z dnia 24 czerwca 2021 r. nie znajdują się okoliczności faktyczne dotyczące zapotrzebowania na osobodni określone w rzeczonych fakturach.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia 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).

Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2, zatem odpowiedzialność za połowę kosztów postępowania odwoławczego ponosił odwołujący, zaś za drugą połowę zamawiający. Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (15 000,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł) i koszty dojazdu (92,00 zł) w wysokości ustalonej na podstawie złożonego przez stronę do akt spisu kosztów. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w wysokości 18 692,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9 346,00 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego różnicę pomiędzy kosztami dotychczas poniesionymi, a kosztami za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, ponieważ umknęło uwadze strony, że są one ustalane na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy, kiedy zamawiający ograniczył się do wniosku o ich zasądzenie w kwocie 3 600,00 zł, bez złożenia żadnego dokumentu wymaganego zgodnie z § 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia. W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie wniosku strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku – dowodu poniesienia tych kosztów. W przypadku więc braku (lub niemożliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do uwzględnienia rzeczonych kosztów.

Przewodniczący:

.....