

„Sygn. akt: KIO 1581/23

**WYROK
z dnia 16 czerwca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2023 r. przez Odwołującego **CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu**, ul. Żeromskiego 7, 41-902 Bytom

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 30.05.2023 r. polegającej na unieważnieniu postępowania i nakazuje ponowną ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – SP ZOZ Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz opłaty skarbowej;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez stronę.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na usługę społeczną oznaczoną, jako *Świadczenie usługi w zakresie żywienia dla SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Nr 1 w Bytomiu* (sygn. postępowania: ZP/07/2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.04.2023 r., 00170704, wobec czynności z 30.05.2023 r. polegającej unieważnieniu postępowania, Wykonawca CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Odwołujący) wniósł w dniu 02.06.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1581/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 359 pkt 1 Pzp w związku z art. 255 pkt 3 Pzp poprzez unieważnienie postępowania przed przeprowadzeniem negocjacji, tj. przed ostatecznym wyłonieniem oferty najkorzystniejszej,
2. art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 255 pkt 3 Pzp w związku z art. 266 Pzp i art. 359 pkt 2 Pzp poprzez nadużywanie prawa do unieważnienia postępowania z powodu przekroczenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 30 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania z powodu tego, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest wyższa niż kwota oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający mógł przeprowadzić negocjacje, które przewidział w swz na podstawie art. 275 pkt 5 Ustawy (rozdział III swz), co pozwoliłoby negocjować z wykonawcami treść ofert, w tym cenę (art. 275 pkt 2). Bez podjęcia negocjacji Zamawiający nie wiedział jak ostatecznie ukształtowałyby się cena, a tym samym, czy byłaby niższa od kwoty środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Unieważniając w tej sytuacji postępowanie Zamawiający nadużył możliwości korzystania z przepisu, który pozwala mu na unieważnienie postępowania, co stanowi instytucję wyjątkową i zupełnie szczególny sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania (pismo z 14.06.2023 r.).

W ocenie Zamawiającego zaistniała podstawa do odrzucenia odwołania, które wniesione zostało na czynności podjęte przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem wcześniejszego odwołania. Postanowieniem z dnia 18 maja 2023 r. (sygn. akt KIO 1247/23) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze po uznaniu przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu Catermed Sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiający wskazał na wyrok KIO 1568/21 z 6 sierpnia 2021 r. w którym przyznaje się możliwość podjęcia decyzji przez zamawiającego o przeprowadzeniu negocjacji w trybie art. 275 pkt 2 Pzp. Ponieważ Zamawiający w obecnym postępowaniu nie podjął takiej decyzji nie można mu z tego tytułu stawiać zarzutu. W tej sytuacji również prawidłowo Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Ustawy, w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty (i jedynej ważnej) przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie uprawdopodobnił w żaden sposób, jak ulepszenie treści jego oferty (obligatoryjny wg ustawy cel negocjacji) miałyby doprowadzić do obniżenia ceny poniżej kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący przyznał pośrednio, że złożył ofertę ze znacznie zawyżoną ceną nadmierną w stosunku do faktycznej wartości zamówienia.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu. Izba oddalił wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazaną podstawą prawną Izba odrzuca odwołanie wniesione na czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powołana przez Zamawiającego podstawa faktyczna, tj. okoliczności wynikające z żądania poprzedniego odwołania, które Zamawiający uwzględnił, nie mają związku z czynnościami, na które obecnie wniesione zostało odwołanie. Wnosząc o odrzucenie odwołania Zamawiający podniósł, iż obecne czynności stanowią o wykonaniu żądań odwołania wniesionego wcześniej przez Catermed Sp. z o.o. na czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej -

Meridians Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Jak wynika z akt wskazanej sprawy odwoławczej zarzuty odwołania dotyczyły wyłącznie oferty wybranej, a żądania zmierzały do nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Meridians Sp. z o.o. i dokonania czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Obecne odwołanie wnoszone jest natomiast na czynność unieważnienia postępowania. Mając na uwadze kierunek żądań odwołania, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione, nie ma obecnie podstaw do twierdzenia, iż czynność unieważnienia postępowania miałaby świadczyć o wykonaniu czynności zgodnie z żądaniami wcześniejszego odwołania. Tym samym, skład orzekający Izby uznał, iż na czynność unieważnienia postępowania przysługuje środek ochrony prawnej.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego oraz wyjaśnienia i stanowiska stron w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy, który stanowi, iż zamawiający *może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych.*

Zamawiający w swz – rozdział III, pkt 3-12 przewidział możliwość prowadzenia negocjacji z wykonawcami, którzy odpowiedzieli na ogłoszeniu o zamówieniu, a ich oferty nie podlegały odrzuceniu. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji miał wskazać, m.in. kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści oferty.

Zgodnie z rozdziałem VI swz umowa ma być zawarta na czas oznaczony, tj. na okres 12 miesięcy, bądź do czasu wyczerpania wartości brutto wszystkich zasobów będących przedmiotem umowy w zależności, które z tych zdarzeń wystąpi wcześniej. We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do swz Zamawiający w § 6 nie wskazał początkowego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi – który został pozostawiony do wypełnienia z samym wskazaniem na okres 12 miesięcy obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem możliwości wydłużenia tego okresu na kolejne 6 miesięcy.

Zamawiający wprowadził dwa kryteria oceny ofert:, tj. cena – 60% oraz kwalifikacje i doświadczenie personelu przygotowującego posiłki – 40%.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: wykonawcy Meridians Sp. z o.o. (cena 1.397.369,76 zł brutto) oraz wykonawcy Catermed Sp. z o.o. (cena 1.649.136,74 zł).

Zamawiający w dniu 18.04.2023 r. zamieścił na platformie zakupowej informację o kwocie środków, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1,5 mln. zł.

Wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Meridians Sp. z o.o., Wykonawca Catermed Sp. z o.o. wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1247/23). Postanowieniem z dnia 18 maja 2023 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze po uznaniu przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 30.05.2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 prowadzonego w oparciu o art. 359 pkt 2 w zw. z art. 275 pkt 2 Ustawy. Zamawiający wskazał, iż cena najkorzystniejszej oferty (1.649.136,74 zł) nie mieści się w kwocie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia (1.500.000 zł) i nie ma możliwości zwiększyć swojej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

W dniu 1.06.2023 r. Zamawiający zamieścił w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy – udzieleniu zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usługi w zakresie żywienia dla SP ZOZ Szpitala specjalistycznego Nr 1 w Bytomiu (nr ogłoszenia 2023/BZP/00244053). Podstawą, na jakiej zamówienie z wolnej ręki zostało udzielone jest art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 Ustawy – w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia ciągłości usługi żywienia pacjentów w szpitalu. Zaproszenie do negocjacji zostało skierowane w dniu 1.06.2023 r. do DOM INVEST Sp. z o.o. Na podstawie złożonego przez Odwołującego protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, wartość zamówienia ustalona została na kwotę 462.962,96 zł netto (103.952,52 euro). Jak wynika z protokołu, zamówienie z wolnej ręki ma zabezpieczać potrzeby szpitala do czasu zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w trybie postępowania przetargowego. Zamawiający wynegocjował cenę 454.181,71 zł netto. W dniu 02.06.2023 r. Zamawiający podpisał umowę na kwotę 490.516,25 zł brutto.

Izba uwzględni odwołanie w całości.

Koniecznym, w kontekście zasadności unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 Ustawy, mający zastosowanie w postępowaniu na usługi społeczne na podstawie art. 359 pkt 2 Ustawy, było odniesienie się do twierdzenia o potrzebie przeprowadzenia negocjacji, które Zamawiający przewidział w procedurze otwartej, przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego.

Zamawiający traktował możliwość prowadzenia negocjacji w procedurze przetargowej na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy w kategorii uprawnienia oznaczającego dowolność przy podejmowaniu decyzji o tym, czy negocjacje odbędą się. Jednocześnie, na tej podstawie uznał, iż takich negocjacji nie będzie prowadzić z wykonawcą, który pozostał z ważną ofertą

w postępowaniu, a której cena przekraczała środki przewidziane na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący natomiast wskazywał, iż decyzja o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy była możliwość prowadzenia negocjacji w kryterium ceny, prowadzi do wypaczenia celu postępowania, jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego, uwzględniając charakter przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy uznać, iż obowiązkiem zamawiającego jest podejmowanie czynności dopuszczonych przepisami prawa, które mogą doprowadzić do zakończenia postępowania zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tak wszczęcie postępowania, jak i jego unieważnienie stanowią etap procedury przetargowej, której wynik uzależniony jest od właściwego przygotowania procedury, jej przeprowadzenia i dopiero na końcu, jej efektem może być wybór oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. W sytuacji, gdy procedura pozwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej, to dopiero jej wyczerpanie może określić czy w postępowaniu rzeczywiście wystąpiły okoliczności uzasadniające unieważnienie całego postępowania przetargowego. W niniejszej sprawie Zamawiający miał możliwość zaproszenia Odwołującego do negocjacji ceny, co przewidział wszczynając postępowanie na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy, a zatem decyzja o unieważnieniu postępowania była przedwczesna, mając na uwadze podstawę z art. 255 pkt 3 Ustawy. Dopiero ustalenie czy i na ile Wykonawca był gotowy ulepszyć swoją ofertę w zakresie ceny pozwoliłoby jednoznacznie określić warunki oferty i na tej podstawie ocenić, czy środki jakie przewidział Zamawiający na sfinansowanie zamówienia pozwalają na wybór oferty najkorzystniejszej. Odstąpienie od negocjacji prowadziło faktycznie do zamknięcia drogi wykonawcy, który był gotowy negocjować cenę w ramach obecnej procedury przetargowej. Również z punktu widzenia Zamawiającego taka możliwość powinna być postrzegana w kategorii korzyści, jakie może to przynieść dla osiągnięcia celu zamówienia publicznego, bez konieczności podejmowania innych kroków, celem zabezpieczenia bieżących potrzeb pacjentów szpitala.

Ponieważ przedmiotem zarzut nie jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki, wyrok ten nie ma bezpośredniego przełożenia na ocenę spełnienia przesłanki trybu, jednak sama okoliczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jak również brak precyzji w określeniu terminu na jaki zamówienie to zostało udzielone, dodatkowo stwarzają wrażenie celowego unikania prowadzenia negocjacji z Odwołującym. Zamawiający nie stawiał się na rozprawę, co utrudniało znacząco poznanie motywów decyzji o braku zaproszenia Odwołującego do przedstawienia korzystniejszych warunków, a z odpowiedzi na odwołanie nie wynika żadne logiczne wyjaśnienie. Wniosek Zamawiającego, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił aby negocjacje miały doprowadzić do obniżenia ceny, nie ma żadnego uzasadnienia. Właśnie

negocjacje ceny dają sposobność na uzyskanie lepszych z punktu widzenia Zamawiającego, warunków świadczenia usługi.

Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż dla wykazania przesłanki unieważnienia postępowania Zamawiający zobowiązany był również skorzystać z możliwości, jaką przewidział w procedurze przetargowej. Ponieważ to tylko od jego decyzji o tym, iż negocjacje się nie odbędą, uzależnione było ustalenie, czy cena pozwoli na sfinansowanie zamówienia, należy uznać, iż to Zamawiający faktycznie doprowadził do tego, iż nie było możliwe ustalenie ostatecznej wysokości ceny. W ocenie składu orzekającego, tak jak Zamawiający jako dysponent środków ma swobodę w decydowaniu o możliwościach sfinansowania zamówienia, tak wykonawca składający ofertę nie może być przez Zamawiającego pozbawiony możliwości jej zmiany w drodze dopuszczalnych negocjacji ceny. Dla wykazania przesłanki do unieważnienia postępowania Zamawiający winien podjąć wszystkie możliwe i uzasadnione celem procedury przetargowej czynności, które tak jak w tym postępowaniu, pozwoliłyby na ostateczne określenie warunków świadczenia usługi, co miało bezpośrednie znaczenie dla stwierdzenia podstawy unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3 Ustawy. Tym samym możliwość negocjacji ceny, przed ewentualną decyzją o unieważnieniu postępowania, nie powinna być traktowana wyłącznie w kategorii uprawnienia zamawiającego, ale również jako jego obowiązek doprowadzenia do osiągnięcia celów zamówienia publicznego. Ten sam wniosek wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.10.2022 r., sygn. akt KIO 2633/22, w którym Izba stwierdzając, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło z naruszeniem przesłanki trybu (art. 214 ust. 1 pkt 5 Ustawy), wskazała jednocześnie na możliwość jaką daje obecny art 275 pkt 2 Ustawy, tj. zastosowania negocjacji w celu ulepszenia ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Okoliczności obecnej sprawy wskazują na duże prawdopodobieństwo uzyskania w drodze negocjacji ceny mieszczącej się w środkach przewidzianych na sfinansowanie zamówienia – o czym świadczy niewielkie przekroczenie ceny zaoferowanej ponad kwotę 1,5 mln zł, jaką wskazał Zamawiający przy otwarciu ofert.

W świetle powyższego uwzględnienie odwołania pozwoli na podjęcie czynności w ramach procedury przetargowej, co powinno mieć miejsce w celu ustalenia ostatecznej treści oferty Odwołującego, co dopiero pozwoli ustalić, czy postępowanie przetargowe zakończy się wyborem oferty najkorzystniejszej, czy też jego unieważnieniem. Jednocześnie należy zauważyć, iż z informacji o unieważnieniu postępowania nie wynika, aby Zamawiający odrzucił ofertę Meridians Sp. z o.o. (w związku z uwzględnionymi zarzutami), której cena mieściła się w kwocie środków przewidzianych na sfinansowanie zamówienia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Odwołującego i obciążyła nim Zamawiającego w całości.

Przewodniczący: