

Skierniewice, dnia 28 sierpnia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Szkoła Podstawowa nr 9 im .Marii Grzegorzewskiej

ul. Tetmajera 7

96-100 Skierniewice

Odwołujący:

Kamil Krzykacz

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą:

Kamil Krzykacz Catering 7 Heaven

ul. Harcerska 7

96-100 Skierniewice

NIP: 8361684892

email: kkrzykacz5@gmail

ODWOŁANIE OD CZYNNOŚCI I ZANIECHAŃ ZAMAWIAJĄCEGO

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) „Świadczenie dostaw cateringu obiadów do stołówki Szkoły Podstawowej nr 9 im. Marii Grzegorzewskiej w Skierniewicach”

Numer sprawy nadany przez Zamawiającego: 1/ZP/2023

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono na stronie <https://ezamowienia.gov.pl/pl/>

Identyfikator (ID) postępowania na Platformie e-Zamówienia: ocds-148610-b1215d96-328f-11ee-9aa3-96d3b4440790

ODWOŁANIE

Działając w imieniu własnym, na podst. przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) wnoszę odwołanie na czynność Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej.

I. Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy Prawo Zamówień Publicznych:

1. art. 226 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie zaistniały podstawy faktyczne i prawne do odrzucenia oferty, Odwołujący uzupełnił dokumentację załączoną do oferty zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2023 r.,
2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 poprzez wybór oferty wykonawcy One&Only sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, pomimo tego, że najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący,
3. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 poprzez sformułowanie wezwania z dnia 21 sierpnia 2023 r. w sposób niedokładny, nieprecyzyjny w zakresie dokumentów, jakich Zamawiający oczekuje od Odwołującego, wyznaczenie Odwołującemu zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentacji;

II. Wskazanie żądań Odwołującego:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy One&Only sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach powtórzonych czynności dokonania oceny decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego nr PSSE.HŻ.9025.494.112.3.4.2021 z dnia 08.02.2021r. alternatywnie nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci aktualnej decyzji właściwego terenowo Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu i ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert;

III. Termin na wniesienie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust.1 pkt 2 a) PZP odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zamieścił informację o wyborze oferty wykonawcy One&Only sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 24 sierpnia 2023 roku na platformie e-Zamówienia. Ponadto, z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazuje, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentacji oferty zostało zamieszczone na platformie e-Zamówienia w dniu 21 sierpnia 2023 r. Zgodnie z art. 509 ust. 2 PZP jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy,

termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Niniejsze odwołanie zostaje wniesione w wymaganym ustawowym terminie.

IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

Uzasadnienie

W dniu 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy One&Only sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. W opinii Odwołującego brak jest podstaw do odrzucenia oferty.

W rozdziale XI pkt 5 ust. 2 lit. a) SWZ Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 112 ust. 2 PZP: „Wykonawca musi posiadać aktualną decyzję właściwego terenowo Organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającą spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu.” Do oferty z dnia 14 sierpnia 2023 r. Odwołujący załączył wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, z którego wynika, iż stałym miejscem wykonywania działalności gospodarczej jest ul. Harcerska 7, Skierniewice zaś dodatkowymi stałymi miejscami wykonywania działalności gospodarczej są adresy: ul. Mszczonowska 18 lok. C w Skierniewicach oraz ul. Lelewela 2 w Skierniewicach. Do oferty Odwołujący załączył decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skierniewicach z dnia 20 sierpnia 2014 r., na podstawie której dokonano zmian w prowadzonym przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skierniewicach rejestrze zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej w poz. 869/0516/2012 w ten sposób, że do zakresu działalności dodaje świadczenie usług cateringowych transportem własnym, a także zaświadczenie z dnia 15 lipca 2020 r. wydane przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skierniewicach o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej, potwierdzające, iż w dniu 15 lipca 2020 r. dokonano wpisu zakładu Restauracja Muzyczna ul. Lelewela 2, Skierniewice do prowadzenia działalności w zakresie produkcji potraw przygotowywanych od surowca do gotowego posiłku, serwowania posiłków i napojów na naczyniach wielokrotnego użytku, sprzedaży napojów w tym alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu sprzedaży.

W dniu 16 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił uczestników o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty Odwołującego. Pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do „uzupełnienia Zaświadczenia o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów inspekcji sanitarnej dla zakładu „Catering 7 Heaven” do dnia 22 sierpnia 2023 r. do godz. 10.00”. Pismo zamawiającego zostało przekazane Odwołującemu **21 sierpnia 2023 r. o godz. 15.30**. Odwołujący, w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie przesłał decyzję PPIS w Skierniewicach zatwierdzającą zakład cateringowy Catering 7 Heaven Kamil Krzykacz ul. Mszczonowska 18 lok. C w Skierniewicach do prowadzenia działalności w zakresie sporządzania potraw od surowca do gotowego posiłku oraz dostarczania gotowych posiłków do odbiorców zewnętrznych własnymi środkami transportu. **W dniu 22 sierpnia**

2023 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. **W dniu 23 sierpnia 2023 r.** Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący skontaktował się wówczas telefonicznie z pracownikiem Zamawiającego i uzyskał informację, iż Zamawiający zakwestionował przesłaną w dniu 22 sierpnia 2023 r. decyzję, gdyż dotyczy ona zakładu przy ul. Mszczonowskiej 18 lok. C, a nie przy ul. Lelewela 2, czego oczekiwał Zamawiający. Wówczas, **w dniu 23 sierpnia 2023 r. Odwołujący niezwłocznie przesłał do Zamawiającego** decyzję PPIS w Skierniewicach dot. zakładu przy ul. Lelewela 2. **W dniu 24 sierpnia 2023 r.** Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty wykonawcy One&Only sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego **nie zawiera podstawy prawnej takiego rozstrzygnięcia.** W przedstawionym zaś uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazuje, iż na wezwanie do uzupełnienia dokumentacji Odwołujący dostarczył decyzję niezgodną z wymaganiami, gdyż dotyczącą zakładu przy ul. Mszczonowskiej 18 lok. C w Skierniewicach. Właściwej decyzji przesłanej przez Odwołującego w dniu 23 sierpnia 2023 r. Zamawiający nie wziął pod uwagę, gdyż została przesłana po terminie wyznaczonym na uzupełnienie braków. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na dwie okoliczności. Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie KIO, iż **wezwanie do uzupełnienia dokumentacji kierowane do Wykonawcy nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości co do oczekiwań Zamawiającego, powinno być jednoznaczne i precyzyjnie określać zakres żądanych od Wykonawcy dokumentów:**

„Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Treść wezwania zależy od konkretnego stanu faktycznego” Wyrok KIO z 20.04.2023 r., KIO 886/23, LEX nr 3562582.

„Wezwanie kierowane do wykonawcy powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się on składając podmiotowe środki dowodowe, precyzować w jaki sposób wykonawca ma usunąć stwierdzone w dokumentach braki tj. czy powinien przedłożyć nowe, czy też poprawić lub uzupełnić określone oświadczenia lub dokumenty. Konieczne jest także wskazanie terminu i formy, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte [...] Tylko zatem w przypadku, gdy zamawiający nie dochowa tych warunków, w szczególności jeśli treść skierowanego do wykonawcy wezwania będzie nieprecyzyjna lub niekompletna możliwe, a nawet konieczne, będzie ponowienie tej czynności przez zamawiającego. Z kolei oceniając tą czynność, tylko w przypadku gdy wezwanie było niejednoznaczne czy nieprecyzyjne, Izba może nakazać jej powtórzenie, jako dokonanej wadliwie.” Wyrok KIO z 12.04.2023 r., KIO 868/23, LEX nr 3562564.

„Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak to do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania[...] Nie można wprawdzie odmówić zamawiającemu prawa do żądania wyjaśnień odnośnie przedkładanych w postępowaniu dokumentów podmiotowych, w szczególności jeśli w świetle innych dokumentów, przedstawionych przez wykonawcę i publicznie dostępnych, informacje w nich zawarte nie potwierdzają treści złożonych oświadczeń, jednakże obowiązkiem zamawiającego jest wyartykułowanie jakie wątpliwości dokumenty te budzą i jakie są jego oczekiwania, co do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień czy dokumentów. W końcu też zamawiający ma

możliwość skorzystania z procedury zwrócenia się bezpośrednio do zamawiających wystawiających dokumenty referencyjne, celem potwierdzenia ich prawdziwości.” Wyrok KIO z 12.01.2023 r., KIO 3468/22, LEX nr 3509596.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż **Zamawiający formułując pismo z dnia 21 sierpnia 2023 r. nie sprostował tym wymaganiom.** Odwołujący został bowiem wezwany do „uzupełnienia zaświadczenia o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej dla zakładu „Catering 7 Heaven...” **Zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie oczekuje „uzupełnienia zaświadczenia” i co rozumie pod tym pojęciem.** Mając na uwadze bardzo krótki termin wyznaczony na uzupełnienie dokumentacji (o czym szerzej poniżej) Wykonawca działając pod presją czasu i w niepewności odnośnie żądań Zamawiającego przesłał decyzję potwierdzającą posiadanie stosownych uprawnień do prowadzenia tego rodzaju działalności, ale dotyczącą drugiego z adresów ujawnionych w CEIDG. Nie było żadnych przeszkód, aby Zamawiający wprost wskazał w jakim zakresie zaświadczenie jest niepełne (niekompletne) skoro wnosi o jego uzupełnienie, ewentualnie wezwał Wykonawcę do przesłania właściwej decyzji administracyjnej zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Należy podkreślić, iż **dopiero w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego w piśmie z dnia 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający wprost wskazał, iż firma nie spełniła wymogu posiadania decyzji właściwego terenowo organu Inspekcji Sanitarnej stwierdzającej spełnienie wymagań higieniczno-zdrowotnych do produkcji posiłków oraz możliwości prowadzenia cateringu pod adresem ul. Lelewela 2 w Skierniewicach.** W uzasadnieniu dalej Zamawiający wskazuje, iż „na wezwanie o uzupełnienie dokumentacji” Wykonawca dostarczył decyzję niezgodną z wymaganiami. Zamawiający nie wskazuje jednak, iż Wykonawca został wezwany do „uzupełnienia zaświadczenia” w bliżej nieokreślony sposób. Dosłanie kolejnego dnia przez Wykonawcę właściwej decyzji administracyjnej potwierdza tezę, iż gdyby Odwołujący został prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentacji, złożyłby właściwy dokument.

W kontekście wezwania Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2023 r. należy również wskazać na bardzo krótki termin wyznaczony Odwołującemu na uzupełnienie dokumentacji. Pismo zostało przesłane w dniu 21 sierpnia o godz. 15.30. Termin upływał w dniu 22 sierpnia o godz. 10.00. **Wykonawca miał zatem 18,5 godziny na uzupełnienie braków, wliczając w to porę nocną.**

W wyroku z dnia 11 grudnia 2012 r., KIO 2637/12, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „(...) termin wyznaczony przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów powinien być terminem odpowiednim, dającym rzeczywistą możliwość jego sprostaniu. Odpowiedni termin winien być zatem rozpatrywany na gruncie okoliczności konkretnej sprawy; winien uwzględniać obiektywne okoliczności związane z czasem, jaki w konkretnych, właściwych dla danego postępowania oraz adresata wezwania warunkach jest niezbędny na dostarczenie dokumentów Zamawiającemu, a także to, czy brak lub określone niedoskonałości w złożonych dokumentach są wykonawcy znane od początku czy też ujawniły się w związku z oceną przez Zamawiającego złożonych wraz z ofertą dokumentów. Termin ten powinien, w szczególności uwzględniać takie okoliczności jak odległość geograficzna siedziby wykonawcy od miejsca, gdzie należy złożyć dokumenty; ewentualne dni wolne od pracy w terminie wyznaczonym na uzupełnienie, czy konieczność uzyskania dokumentów od osób i podmiotów innych niż wykonawca (przykładowo konieczność złożenia tłumaczenia obszernych dokumentów). Zasadą jest przy tym, że wykonawca w terminie składania ofert powinien posiadać komplet wymaganych dokumentów, powinien być gotowy do złożenia poprawnej i kompletnej oferty. Skompletowaniu takich dokumentów służy bowiem czas pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, udostępnieniem SIWZ, a

wyznaczonym terminem do składania ofert. Wykonawca, który mimo wyraźnego, wynikającego z treści ogłoszenia oraz SIWZ obowiązku składa ofertę bez wymaganych dokumentów, musi już od początku, to jest od momentu zapoznania się z ogłoszeniem oraz SIWZ liczyć się z koniecznością ich dostarczenia, powinien więc wykazywać taką gotowość już w terminie składania ofert oraz - wyjątkowo - na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawców do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, jak również pełnomocnictwa w wyznaczonym przez siebie terminie. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 3 nie określa przy tym w sposób wyraźny jak długi powinien być to termin, nie precyzuje też wskazówek którymi Zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu tego terminu. Biorąc pod uwagę wykładnię celowościową tego przepisu, przyjmuje się, że powinien być to termin odpowiedni, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności.

„Termin wyznaczany przez zamawiającego na podstawie ust. 1 powinien realnie umożliwić wykonawcy złożenie, uzupełnienie lub poprawienie np. oświadczenia wstępnego, podmiotowych środków dowodowych. **Za zbyt krótki, nierealny do dotrzymania nawet przy użyciu środków komunikacji elektronicznej należałoby uznać przykładowo termin 1-dniowy.** Przy wyznaczaniu terminu zasadne jest ponadto zwrócenie uwagi na art. 8 ust. 4 p.z.p., zgodnie z którym termin obejmujący 2 lub więcej dni zawiera co najmniej 2 dni robocze.” A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 128.

W kontekście powyższych poglądów orzecznictwa i doktryny, w ocenie Odwołującego, wskazany przez Zamawiającego termin w piśmie z dnia 21 sierpnia 2023 r. należy uznać za zbyt krótki, tym bardziej w sytuacji, w której dokument został sformułowany w sposób niejasny. Zamawiający zamieścił wezwanie pod koniec dnia roboczego, oczekując odpowiedzi następnego dnia o godzinie 10.00. Mając na uwadze treść art. 8 ust. 4 aktualnej ustawy PZP minimalny termin wyznaczony przez Zamawiającego powinien wynosić 2 dni robocze.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania
2. potwierdzenie przekazania odwołania zamawiającemu