

Łódź, dnia 27 września 2021 roku

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

Zamawiający: Szpital Ogólny w Kolnie
z siedzibą w Kolnie
ul. Wojska Polskiego 69, 18-500 Kolno
KRS: 0000059112
Tel.: +48 (86) 2739330
FAX: + 48 (89) 6469250
E-mail: zp@szpitalkolno.pl
www.szpitalkolno.pl

Odwołujący: CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Klaudię Bartczyk
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 - zwanej dalej „P.z.p.”), pn. „Świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2021 roku pod numerem: 2021/BZP 00120501/01, numer referencyjny: Sz.O./ZP/08/2021.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 P.z.p. **wnoszę odwołanie** wobec:
czynności dokonania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania z naruszeniem P.z.p.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 255 pkt 3 i art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego i art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez unieważnienie postępowania z tego powodu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy Zamawiający nie wykazał, że nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, choć spoczywał na nim ciężar dowodu udowodnienia tej okoliczności;
2. **art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp i art. 255 pkt 3 Pzp** poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez arbitralne unieważnienie postępowania w sytuacji, w której oferta z najniższą ceną bardzo nieznacznie przewyższyła kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie tego zamówienia, a nie zapoznanie się z ofertami wykonawców i ujawnienie

oferowanych cen, ponadto Zamawiający nie wykazał, że nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, co prowadzi w konsekwencji do wniosku, że Zamawiający uczynił z prawa do unieważnienia postępowania użytek sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. informacja o kwocie na sfinansowanie zamówienia z dnia 20.04.2021 r. - celem wykazania, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu w tożsamym przedmiocie Zamawiający przeznaczył kwotę na sfinansowanie zamówienia identyczną jak w niniejszym postępowaniu,
2. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 11.06.2021 r. - celem wykazania, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu w tożsamym przedmiocie Zamawiający przeznaczył kwotę na sfinansowanie zamówienia identyczną jak w niniejszym postępowaniu i unieważnił postępowanie wobec podobnej ceny najkorzystniejszej oferty jak w niniejszym postępowaniu, co dobitnie świadczy o braku podjęcia przez Zamawiającego jakichkolwiek działań mających na celu realne sfinansowanie zamówienia.

Oświadczam, iż Odwołujący posiadają interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, gdyż ich oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans w kryterium oceny ofert z pośród ofert nie podlegających odrzuceniu, i w razie nie dokonania czynności unieważnienia postępowania mogłaby zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Uzasadnienie

W dniu 20 lipca 2021 roku Zamawiający wszczął trybie prowadzonym podstawowym bez negocjacji poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 P.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie”.

Oferty w tym postępowaniu złożyli:

1. Odwołujący;
2. Ireneusz Andrejczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk;
3. Marcin Lipiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „LIPIŃSKI” Marcin Lipiński.

Po odrzuceniu oferty wykonawcy Ireneusz Andrejczyk, na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 14 września 2021 r., to oferta Odwołującego przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert. Unieważnienie postępowania godzi zatem bezpośrednio w interes Odwołującego.

1) Zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 i art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego i art. 8 ust. 1 Pzp

Kwota miesięczna przeznaczona na zrealizowanie zamówienia przez Zamawiającego wynosi **847.332,90 zł**. Wartość przeznaczona na zrealizowanie przedmiotowego zamówienia obejmuje 24 miesiące i powinna odpowiadać wartości szacunkowej podanej w ogłoszeniu o zamówieniu, a co za tym idzie powinna zostać podwyższona, w tym o:

- 1) wzrost kosztów zatrudnienia, które mają decydujący wpływ na wartość zamówienia tj. wzrostu minimalnej płacy i stawki godzinowej w 2021 roku stosunku do 2020 r. o 7,7 %,
- 2) prognozowany na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych na 2021 rok, który w dacie przed wszczęciem postępowania wynosił zgodnie z art. 17 ustawy budżetowej na 2021 r. - 1,8 %.

Zgodnie z art. 255 pkt. 3 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Celem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia publicznego. Po otwarciu ofert - zaoferowane ceny przez poszczególnych wykonawców stały się jasne dla Zamawiającego oraz dla podmiotów konkurencyjnych. Unieważnienie postępowania zawsze stanowi nadzwyczajny, szczególny sposób zakończenia postępowania, możliwy tylko w uzasadnionych przypadkach. Instytucja ta nie może być nadużywana i wykorzystywana w innym celu, niż cel dla niej przeznaczony, zwłaszcza gdy zaoferowane ceny są już na tym etapie jasne dla Zamawiającego i dla konkurentów. W ten sposób Zamawiający stosuje powyższy przepis z naruszeniem jego celu. Ma on być wykorzystany w sytuacji, gdy rzeczywiście różnica pomiędzy tymi wartościami jest taka, że Zamawiający nie może zaciągnąć takiego zobowiązania, gdyż nie będzie w stanie następnie go sfinansować i musi podjąć wobec tego inny sposób na zapewnienie swojej jednostce potrzebnych jej usług oraz z naruszeniem celu samego postępowania (postępowanie ma służyć udzieleniu zamówienia publicznego, a nie zaniechaniu jego udzielenia, po ujawnieniu cen ofertowych).

Zaznaczyć przy tym należy, iż Zamawiający **nie wykazał, że nie jest w stanie podwyższyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, oraz że podjął w ogóle działania mające na celu zwiększenie kwoty przeznaczonej na zamówienie do wysokości oferty najkorzystniejszej.** Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zaś podkreślała, iż podjęcie takiej próby jest obowiązkiem zamawiającego w związku z jednoznacznym celem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tytułem przykładu należy wskazać wyrok z dnia 21 lutego 2014 r., KIO 226/14, w którym KIO wskazała, że *zamawiający musi dokonać próby zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia* (podobnie wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1025/15; tak też w wyroku z dnia 27 marca 2015 r., KIO 466/15, zgodnie z którym zamawiający, *podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.(obecnie art. 255 pkt. 3 Pzp), musi wykazać, że nie będzie mógł zwiększyć kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny wybranej oferty.* Szczegółowo w tym zakresie należy przytoczyć także wymowne stanowisko KIO w wyroku z 23.10.2017 r. (KIO 2093/17). Izba uznała w tym orzeczeniu, że zamawiający jest obowiązany do wykazania występowania przesłanek unieważnienia, w tym określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp (obecnie art. 255 pkt. 3 Pzp), a zatem również do udowodnienia, że nie istnieje

obiektywna możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Rozstrzygnięcie Izba oparła o analizę treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp (obecnie art. 255 pkt. 3 Pzp) wskazując, że jego zastosowanie jest uzależnione od kumulatywnego wystąpienia dwóch przesłanek: cena najkorzystniejszej oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do najkorzystniejszej oferty. Zdaniem KIO, zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia swobodnej i uznaniowej decyzji co do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia bądź też niedokonania takiej czynności. W ocenie Izby ponieważ celem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego, zatem czynność jego unieważnienia powinna być podejmowana wyjątkowo, tylko w przypadku wystąpienia przesłanek przewidzianych w art. 93 ust. 1 Pzp, (obecnie art. 255 pkt. 3 Pzp) które dodatkowo powinny być interpretowane w sposób ścisły. Samo zaś wystąpienie przesłanek unieważnienia postępowania nie może budzić wątpliwości i musi zostać szczegółowo zbadane. W związku z powyższym zamawiający, przed zastosowaniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp (obecnie art. 255 pkt. 3 Pzp) powinien zbadać, czy istnieje obiektywna przeszkoda uniemożliwiająca zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W przypadku stwierdzenia, że nie występuje taka możliwość, zamawiający podejmuje decyzję o unieważnieniu postępowania. Przy czym, mając na względzie zasady przejrzystości i jawności postępowania, określone w art. 16 p.z.p., oraz wymagania dotyczące podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zawiadomieniu wykonawców o unieważnieniu postępowania, **zamawiający zobowiązany jest w ocenie Izby podać wszystkie informacje, które są niezbędne do ustalenia prawidłowości czynności dokonanej przez zamawiającego. Tym samym KIO stała na stanowisku, że zamawiający powinien wykazać za pomocą argumentów i dowodów podjęcie badania i brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty.**

Ponadto, Zamawiający, zawiadamiając wykonawców o unieważnieniu postępowania, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktycznie i prawne. Jak słusznie zauważa KIO w wyroku z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15, *samo powołanie jednostki redakcyjnej oraz brzmienie przepisu zawierającego przywołanie przesłanki unieważnienia postępowania jest niewystarczające, gdyż istotne jest, czy przesłanki te zaszły w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy*. Zgodnie z wymogami ustawowymi konieczne jest zatem przekazanie wykonawcom zakresu informacji pozwalającego na ocenę legalności działań zamawiającego i ewentualne poddanie ich kontroli przez KIO. Do wniosków wynikających z analizy powyższych orzeczeń dodać jedynie należy, iż poprzez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 Pzp, Zamawiający miał obowiązek szczegółowo uzasadnić decyzję o unieważnieniu postępowania i wykazać istnienie przesłanek do jej podjęcia ze względu na brzmienie art. 6 Kodeksu cywilnego: *Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. To Zamawiający wywodzi bowiem skutek prawny z rzekomego faktu braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do oferty Odwołującego, a skutkiem tym jest unieważnienie postępowania. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego co do niemożliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości oferty najkorzystniejszej (zwłaszcza w sytuacji tak nieznaczającej różnicy między tymi kwotami) i tym samym niemożliwości zrealizowania celu postępowania o udzielenie zamówienia - w treści zawiadomienia Zamawiającego.

Dodatkowo, zauważyć należy, że zamawiający, zwłaszcza kwalifikowani jako jednostki sektora finansów publicznych, powinni starannie ocenić, czy mają możliwość przesunięcia

środków finansowych w sytuacji gdy jest to racjonalne, a także celowe, szczególnie w przypadku niewielkiej różnicy kwotowej pomiędzy kwotą zakładaną a zaoferowaną – tak jak w przedmiotowym postępowaniu. Działanie takie może pozwolić na nieponoszenie w przyszłości kosztów związanych z przeprowadzeniem ponownego postępowania o udzielenie zamówienia i ryzyka związanego z tym, iż koszty wykonania zamówienia rosną: koszty płacowe, koszty paliwa i inne - a tym samym w kolejnym postępowaniu ceny mogą okazać się wyższe niż w tym postępowaniu

2) Zarzut naruszenia art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp i art. 255 pkt 3 Pzp

Dla oceny nieprawidłowości decyzji Zamawiającego konieczne jest także podniesienie okoliczności o charakterze faktycznym. W postępowaniu złożono trzy oferty, których ceny są już jawne. Zapoznanie się z cenami powoduje, że konkurenci Odwołującego mają realną możliwość złożenia oferty z ceną skalkulowaną przy uwzględnieniu ujawnionej już ceny Odwołującego. Zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 16 pkt 1 Pzp, wymagają, aby wykonawcy rywalizowali na równych warunkach i zasadach.

Poprzez unieważnienia postępowania w opisanych powyżej warunkach - Zamawiający nadużył swoich uprawnień. Zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego, *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.* Przepis ten stosowany jest wprost w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie wykazał, aby w ogóle podjął starania w celu podwyższenia kwoty przeznaczonej i aby nie było to możliwe. 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. Przepis art. 255 pkt 3 Pzp służy przede wszystkim uniknięciu sytuacji, w której zamawiający byłby zmuszony przyjąć ofertę, która przekracza jego możliwości finansowe. Wobec samego powołania się na ten przepis bez wykazania, że realizacja zamówienia za tę kwotę jest niemożliwa, Zamawiający dokonał takiego zastosowania tego przepisu, które nie mieści się w ramach jego społeczno-gospodarczym przeznaczenia.

Decyzja o unieważnieniu postępowania, jako wyjątek od zasady, że zamawiający zobowiązany jest udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu (stanowisko KIO w wyroku z 23.10.2017 r. sygn. KIO 2093/17, przytoczone wyżej), powinna być podjęta przez Zamawiającego **w sposób przejrzysty, z wykazaniem, że spełnione zostały przesłanki do jej podjęcia.** W sytuacji takiej, jak w przedmiotowym postępowaniu, kiedy to Wykonawca złożył ofertę jedynie minimalnie przekraczającą kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, **decyzja o unieważnieniu postępowania jest nadużyciem prawa podmiotowego i nie powinna korzystać z ochrony.**

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. informacja o kwocie na sfinansowanie zamówienia z dnia 20.04.2021 r.
5. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 11.06.2021 r.