

Sulbiny, dnia 25 października 2024 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy**
ul. Narutowicza 80
05-400 Otwock
NIP: 5321664002, KRS: 0000080790
Tel.: +48 (22) 34 46 426

adres poczty elektronicznej: zampub@otwock-szpital.pl

Odwołujący: **Przedsiębiorstwo Producyjno Handlowe**
„Kudaszewicz” Barbara Kudaszewicz
ul. Wspólna 71
08-400 Sulbiny
NIP: 8261391133, REGON: 710408941
reprezentowaną przez właściciela Barbarę Kudaszewicz
oraz pracownika Irenę Stefaniak
tel. 505 150 518

adres poczty elektronicznej: irena.stefaniak@gmail.com

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług Całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów hospitalizowanych w Mazowieckim Centrum Leczenia Płuc i Gruźlicy oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych” (numer referencyjny: 22/PN/2024, dalej „Postępowanie”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2024 r. pod nr 444695-2024, numer wydania Dz.U. S: 143/2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy Przedsiębiorstwa Producyjno Handlowego „Kudaszewicz” Barbara Kudaszewicz (dalej „Odwołujący”) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy (dalej „Zamawiający”), na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 19 września

2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), dalej „Pzp”.

I. Wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) niezgodnym z przepisami Pzp wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lik. 301, 91-204 Łódź (dalej „NAPRZÓD”),
- 2) niezgodnym z przepisami Pzp zaniechaniem odrzucenia oferty NAPRZÓD, w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia,
- 3) niezgodnym z przepisami Pzp zaniechaniem odrzucenia oferty NAPRZÓD w związku z tym, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 4) niezgodnym przepisami Pzp zaniechaniem odrzucenia oferty NAPRZÓD w związku z niespełnieniem przez niego warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 4.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”),
- 5) niezgodnym z przepisami ustawy Pzp zaniechaniem wezwania NAPRZÓD do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie.

I. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NAPRZÓD, w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów Pzp,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów Pzp,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów Pzp,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD w sytuacji, kiedy nie złożył on w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów Pzp,
- 5) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy NAPRZÓD do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu względnie do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów Pzp.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i lit. b Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty NAPRZÓD i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy NAPRZÓD, względnie wezwanie go do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie.

IV. Na podstawie art. 534 ust. 1 Pzp w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i

przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

- V. Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes i szkoda:

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy (...) jeżeli ma lub miał interes prawny w uzyskaniu zamówienia (...) oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego oferta NAPRZÓD została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymaganiom SWZ. Zaoferowana przez Odwołującego cena, w tym ceny jednostkowe za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, są realne i pozwalają Odwołującemu na zrealizowanie zamówienia, a konsekwencji to oferta Odwołującego powinna uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu i zgodnie z SWZ i przepisami Pzp. Szkoda jaką może ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności dokonanych przez Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący realizując zamówienie.

Zachowanie terminu i wymogi formalne:

Informację o wyborze oferty Naprzód jako najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu w dniu 15 października 2024 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp upływa w dniu 25 października 2024 r., tym samym odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości i przekazał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Kluczowe elementy stanu faktycznego

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług Całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów hospitalizowanych w Mazowieckim Centrum Leczenia Płuc i Gruźlicy oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych”.
2. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazując w rozdziale VII w pkt 4.2 SWZ, że wykonawca musi „dysponować kuchnią, która musi posiadać aktualną decyzję stacji sanitarno-epidemiologicznej dopuszczającą ją do produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych oraz posiadać aktualny certyfikat ISO 22000 lub równoważny”.
3. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy byli zobowiązani złożyć „Dokument potwierdzający, zgodnie z warunkami udziału, tytuł prawny do dysponowania

obiektem kuchennym od dnia 01.10.2024 r. (akt własności, umowa dzierżawy, najmu itp.) wraz z wymaganymi dla tego obiektu certyfikatem ISO 22000 lub inny dokument potwierdzający odpowiednio stosowanie przez Wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości, decyzją stacji sanitarno-epidemiologicznej zezwalającej na produkcję posiłków dla podmiotów zewnętrznych” (rozdział IX pkt 3 ppkt 5 SWZ).

4. Zamawiający jako kryteria oceny ofert ustalił cenę (waga 60%), brak mandatów karnych oraz brak uwag stwierdzonych niezgodności HACCP (waga 20%) i czas reakcji na reklamację (waga 20%), przy czym maksymalny czas reakcji został ustalony na 90 minut (rozdział XVIII pkt 1 SWZ).

Dowód: SWZ (w aktach sprawy)

5. Dopełnieniem kryterium „Czas reakcji na reklamację” są zapisy Opisu Przedmiotu Zamówienia, gdzie wskazano, że *„W przypadku zastrzeżeń co do posiłku np. nieprawidłowa temperatura, za mała gramatura bądź brak dostarczonej ilości porcji Wykonawca musi dokonać wymiany posiłku lub uzupełnić brakujące posiłki. W powyższej sytuacji zostanie sporządzony Protokół rozbieżności /Karta reklamacji Załącznik nr 1 i nr 2”* (Załącznik nr 3 do SWZ rozdział X pkt 4).

6. Kryterium czas reakcji na reklamację zostało sprecyzowane ponadto przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści SWZ. W odpowiedzi z dnia 22.08.2024 r. na pytanie numer 10 (zadane zdaniem Odwołującego przez Naprzód) „Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie że w ramach kryterium „czas reakcji na reklamację” Wykonawca musi załączyć do oferty mapę Google Maps przedstawiającą odległość i czas dojazdu od kuchni Wykonawcy do Zamawiającego uzasadniającą realność zadeklarowanego czasu reakcji na reklamację” udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza propozycję Wykonawcy”.

Dowód: odpowiedź na pytania z dnia 22.08.2024 r. (w aktach sprawy)

Załącznik nr 3 do SWZ (w aktach sprawy)

7. Ofertę na realizację zamówienia złożyło 2 wykonawców: Odwołujący i NAPRZÓD. Wykonawcy zadeklarowali „Czas reakcji na reklamację”:
 - 5 minut – NAPRZÓD,
 - 28 minut – Odwołujący.

Dowód: informacja z otwarcia ofert (w aktach sprawy)

8. Odwołujący i NAPRZÓD zostali wezwani przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w kwestii „Co Wykonawca miał na myśli oferując w kryterium „Czas reakcji na reklamację” zadeklarowany czas.

Dowód pismo z dnia 10.09.2024 (w aktach sprawy)

9. NAPRZÓD odpowiadając na wezwanie wyjaśnił, że „zaoferował czas reakcji na reklamację 5 minut, ponieważ ocenił, że tyle właśnie potrzebuje czasu, aby przyjąć zgłoszenie o nieprawidłowościach w przywiezionym posiłku i wydać dyspozycję jej usunięcia”.

Dowód pismo NAPRZÓD z dnia 10.09.2024 r. (w aktach sprawy)

10. Odwołujący odpowiadając na wezwanie wyjaśnił, że „W złożonej ofercie (...) określił „Czas reakcji na reklamację” – 28 minut. (...) czasem reakcji na reklamację, jest czas niezbędny na dojazd do Zamawiającego w celu dokonania wymiany lub uzupełnienia dostarczonych posiłków (...). (...) w razie zaistnienia reklamacji, nasz kierowca wykona telefon do kuchni w Sulbinach z informacją o potrzebie dowozu posiłków, co spowoduje natychmiastowe wysłanie do Zamawiającego awaryjnego pojazdu z zaopatrzeniem. Na dostarczenie brakujących posiłków Zamawiającemu potrzebujemy 28 minut.”

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 11.09.2024 r. (w aktach sprawy)

11. NAPRZÓD jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedłożył umowę zawartą w dniu 25.01.2021 r. pomiędzy podmiotami trzecimi (niebędącymi wykonawcami w niniejszym postępowaniu) tj. Wojskowym Instytutem Medycyny Lotniczej w Warszawie (WIML) z jednej strony, a Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i JOL-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach („Dzierżawca”), z drugiej strony, której jest między innymi dzierżawa pomieszczeń i wyposażenia kompleksu kuchennego WIML w Warszawie. Zgodnie z postanowieniami umowy WIML oddaje Dzierżawcy, za wynagrodzeniem, na warunkach tej umowy, przedmiot dzierżawy w celu wykorzystania go do realizacji usługi żywienia pacjentów WIML oraz do prowadzenia działalności gastronomicznej, zgodnie z posiadanymi uprawnieniami i pozwoleniami (§8 ust. 5). Zastrzeżono jednocześnie, że Dzierżawca nie może oddawać przedmiotu dzierżawy w całości lub w części we władanie osobie trzeciej, bez względu na podstawę prawną (§9 ust. 16). Naruszenie powyższego zastrzeżenia obwarowane było prawem WIML do rozwiązania umowy dzierżawy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku oddania przedmiotu dzierżawy w całości lub w części we władanie osobie trzeciej bez zgody Zamawiającego (§9 ust. 25 lit. c).

12. NAPRZÓD przedłożył ponadto umowę o podwykonawstwo zawartą w dniu 11.04.2024 r. pomiędzy nim a CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi („CATRMED”). Przedmiotem tej umowy jest świadczenie usług przygotowania na zasadach podwykonawstwa – w celu realizacji zamówienia publicznego na rzecz Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej (dalej „WIML”) (§ 1 ust. 1). Wykonawca zobowiązał się do przygotowywania posiłków w pomieszczeniach dzierżawionych od WIML w ilościach i asortymencie zleconym przez CATERMED (§ 2 ust. 1 lit. a). CATERMED zobowiązał się natomiast do zapłaty wynagrodzenia za całodienne wyżywienie dla pacjenta (§ 3 ust. 2).

13. Wykonawca na potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 22000 dla kuchni przedłożył certyfikat wystawiony Wykonawcy przez Biuro Certyfikacji Systemów Zarządzania Polskiego Rejestru Statków S.A., w którym wskazano „Oddział Warszawa WIML”.

Dowód: podmiotowe dokumenty złożone przez NAPRZÓD (w aktach sprawy)

I. Uzasadnienie prawne

II.1 Złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia

1. W złożonej ofercie każdy z wykonawców miał wskazać „Czas reakcji na reklamację”. NAPRZÓD zaoferował „Czas reakcji na reklamację” w wymiarze 5 minut. Biorąc pod uwagę zapis Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3 do SWZ rozdział X pkt 4) „Czasem reakcji na reklamację” jest czas „wymiany posiłku lub uzupełnienie brakującego posiłku” od momentu gdy zostanie

stwierdzona w protokole rozbieżności „nieprawidłowa temperatura, za mała gramatura bądź brak dostarczonej ilości porcji Wykonawca musi dokonać wymiany posiłku lub uzupełnić brakujące posiłki.

2. To, że „Czasem reakcji na reklamację” jest czas potrzebny na „wymianę posiłku lub uzupełnienie brakującego posiłku” wynika również z odpowiedzi Zamawiającego na postawione pytania. W odpowiedzi z dnia 22.08.2024 r. na pytanie numer 10 (zadane zdaniem Odwołującego przez NAPRZÓD) „Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie że w ramach kryterium „czas reakcji na reklamację” Wykonawca musi załączyć do oferty mapę Google Maps przedstawiającą odległość i czas dojazdu od kuchni Wykonawcy do Zamawiającego uzasadniającą realność zadeklarowanego czasu reakcji na reklamację” udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza propozycję Wykonawcy”.

Dowód: pismo z pytaniem (w aktach sprawy)

3. „Czas reakcji na reklamację” jako czas potrzebny do „wymiany posiłku lub uzupełnienia brakującego posiłku” uznawał również NAPRZÓD, który w spisie treści złożonej oferty jako pkt 7 wskazał „Mapa potwierdzająca czas reakcji na reklamację”, której jednak nie załączył.
4. Dlatego oświadczenie NAPRZÓD z dnia 10.09.2024 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że „zaoferował czas reakcji na reklamację 5 minut, ponieważ ocenił, że tyle właśnie potrzebuje czasu, aby przyjąć zgłoszenie o nieprawidłowościach w przywiezionym posiłku i wydać dyspozycję jej usunięcia” prowadzi do wniosku, że wskazany w ofercie przez NAPRZÓD „Czas reakcji na reklamację” jest niezgodny z warunkami zamówienia. NAPRZÓD powinien był bowiem wskazać czas potrzebny na „wymiany posiłku lub uzupełnienia brakującego posiłku”.
5. Powyższe uzasadnia postawienie Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NAPRZÓD w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

II.2 Złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

1. Gdyby Izba nie zgodziła się z powyższym zarzutem, to wskazać należy, że w złożonej ofercie NAPRZÓD zaoferował „Czas reakcji na reklamację” w wartości 5 minut. Jest to czas nierealny na spełnienie świadczenia w ramach reklamacji. Podnieść należy, że NAPRZÓD wskazał, że produkcja i dystrybucja żywności będzie odbywała się w Warszawie pod adresem ul. Krasińskiego 54/56, 01-775 Warszawa. Siedziba Zamawiającego mieści się natomiast w Otwocku przy ul. Narutowicza 80. Najkrótsza odległość pomiędzy tymi miejscami wynosi 35,2 km, a czas dojazdu wynosi 56 minut. Najkrótszy czas dojazdu wynosi 44 minuty, przy odległości 51,7 km. Zaoferowanie takiego czasu miało na celu jedynie uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium „Czas reakcji na reklamację”.
2. W art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określono, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z treścią tego przepisu uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym. Powyższe oznacza, że aby działanie przedsiębiorcy mogło być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, to muszą

być kumulatywnie spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze działanie przedsiębiorcy musi być podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą. Po drugie czyn przedsiębiorcy musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Po trzecie działanie przedsiębiorcy musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wszystkie powyższe przesłanki w ocenie Odwołującego zostały wypełnione w niniejszym postępowaniu przez działania NAPRZÓD.

3. Pierwsza przesłanka w sposób oczywisty została spełniona poprzez złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
4. Również druga przesłanka została spełniona w okolicznościach niniejszej sprawy, gdyż zostały naruszone „dobre obyczaje”. „Dobre obyczaje”, niebędące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego", których powinny przestrzegać podmioty prowadzące działalność gospodarczą. W literaturze podkreśla się, że nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów "w ogóle", lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Kryterium oceny danego zachowania jako sprzecznego z dobrymi obyczajami zorientowane są na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być "przejrzysta", czytelna dla przedsiębiorców i klientów, a wyniki jej niezafałszowane. Oferując „Czas reakcji na reklamację” w wymiarze 5 minut NAPRZÓD zakłócił uczciwą konkurencję w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia przez nierzetelne i zafałszowane współzawodnictwo pożądanym przez Zamawiającego „Czasem reakcji na reklamację”
5. Zachowanie NAPRZÓD naruszyło przy tym interes Odwołującego, gdyż doprowadziło to uznania przez Zamawiającego oferty NAPRZÓD za najkorzystniejszą, co w konsekwencji pozbawiło Odwołującego uzyskania przedmiotowego zamówienia.

II.3 Brak spełnienia przez NAPRZÓD warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożenie podmiotowych środków dowodowych.

1. W ocenie Odwołującego, NAPRZÓD nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, które określone zostały przez Zamawiającego w rozdziale VII pkt 4.2 SWZ. W celu spełnienia powyższych warunków udziału Naprzód posłużył się:
 - 1) umową zawartą w dniu 25.01.2021 r. pomiędzy Wojskowym Instytutem Medycyny Lotniczej w Warszawie z jednej strony, a Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i JOL-Mark sp. z o.o. z siedzib w Gliwicach, z drugiej strony oraz umową o podwykonawstwo zawartą w dniu 11.04.2024 r. pomiędzy nim a CATERMED,
 - 2) certyfikatem wystawionym NAPRZÓD przez Biuro Certyfikacji Systemów Zarządzania Polskiego Rejestru Statków S.A., w którym wskazano „Oddział Warszawa WIML”.
1. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców sformułowany jako „dysponuje kuchnią, która musi posiadać aktualną decyzję stacji sanitarno-epidemiologicznej dopuszczającą ją do produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych oraz posiadać aktualny certyfikat ISO 22000 lub równoważny” jest prawidłowy, gdyż tylko wykonawca dysponujący kuchnią spełniającą opisane wymagania może w sposób należyty wykonać zamówienie.
2. W kontekście wykładni warunków udziału w postępowaniu, nie ulega wątpliwości, iż dysponowanie kuchnią oznacza dysponowanie kuchnią w oparciu o „tytuł prawny do

dysponowania obiektem kuchennym od dnia 01.10.2024 r. (akt własności, umowa dzierżawy, najmu, itp.)”. Wynika to jednoznacznie z zapisów SWZ (rozdział IX pkt 3 ppkt 5).

3. Tytułem prawnym do dysponowania obiektem kuchennym bez wątpienia nie jest przedłożona przez NAPRZÓD umowa o podwykonawstwo zawarta w dniu 11.04.2024 r. pomiędzy nim a CATERMED. Przedmiotem tej umowy jest świadczenie usług przygotowania na zasadach podwykonawstwa – w celu realizacji zamówienia publicznego na rzecz Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej (dalej „WIML”) (§ 1 ust. 1). Wykonawca zobowiązał się do przygotowywania posiłków w pomieszczeniach dzierżawionych od WIML w ilościach i asortymencie zleconym przez CATERMED (§ 2 ust. 1 lit. a). CATERMED zobowiązał się natomiast do zapłaty wynagrodzenia za całodienne wyżywienie dla pacjenta (§ 3 ust. 2). Żadne postanowienie tej umowy nie przyznaje Naprzód prawa dysponowania obiektem kuchennym. Co więcej, postanowienia tej umowy poza sferą regulacji pozostawiają jakiegokolwiek sprawy związane z obiektem kuchennym. Na marginesie jedynie wskazać należy, że rozważania czy umowa ta może być uznana za umowę najmu są bezprzedmiotowe albowiem w umowie tej brak jest elementów, których istnienie jest niezbędne dla istnienia umowy najmu, tj. opisu rzeczy, która ma być oddana do używania oraz ustalenia czynszu, który miałby być płacony za używanie rzeczy. Stanowi o tym Kodeks cywilny, który w art. 649 § 1 wskazuje, że Przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz.
4. Wskazać należy również, że CATERMED dzierżawi pomieszczenia kuchenne od Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej (WIML) na podstawie umowy zawartej w dniu 25.01.2021 r. pomiędzy WIML z jednej strony, a Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi i JOL-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, z drugiej strony. Zgodnie z postanowieniami umowy WIML oddał Catermed sp. o.o. i JOL-Mark sp. z o.o., za wynagrodzeniem, na warunkach tej umowy, przedmiot dzierżawy (pomieszczenia i wyposażenie kompleksu kuchennego WIML) w celu wykorzystania go do realizacji usługi żywienia pacjentów WIML oraz do prowadzenia działalności gastronomiczne, zgodnie z posiadanymi uprawnieniami i pozwoleniami (§8 ust. 5). Zastrzeżono jednocześnie, że Dzierżawca nie może oddawać przedmiotu dzierżawy w całości lub w części we władanie osobie trzeciej, bez względu na podstawę prawną (§9 ust. 16). Naruszenie powyższego zastrzeżenia obwarowane było prawem WIML do rozwiązania umowy dzierżawy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku oddania przedmiotu dzierżawy w całości lub w części we władanie osobie trzeciej bez zgody WIML (§9 ust. 25 lit. c). Dla zawarcia jakiegokolwiek umowy oddającej w całości lub w części pomieszczenia i wyposażenie kompleksu kuchennego WIML jest niezbędna zgoda WIML, której jest brak. Co więcej, z uwagi, iż dzierżawcą pomieszczeń i wyposażenia kompleksu kuchennego WIML są łącznie Catermed sp. o.o. i JOL-Mark sp. z o.o. dla prawnie skutecznego ustanowienia jakiegokolwiek dalszego prawa do używania pomieszczeń i wyposażenia kompleksu kuchennego WIML niezbędne jest zawarcie umowy z obu spółkami. Zawarcie umowy tylko z CATERMED nie może doprowadzić zatem do prawnie skutecznego ustanowienia prawa dla NAPRZÓD.
5. NAPRZÓD, co zostało wykazane wyżej, nie ma tytułu prawnego do pomieszczeń i wyposażenia kompleksu kuchennego WIML, a tym samym przedłożony przez NAPRZÓD certyfikat ISO 22000:2018 nie odnosi się do obiektu kuchennego a jedynie bliżej nieokreślonego „Oddziału w Warszawie WIML”. Znamienne przy tym jest, że w Krajowym Rejestrze Sądowym brak jest informacji, iż NAPRZÓD ma jakiegokolwiek odziały.

6. Skoro zatem NAPRZÓD nie przedłożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również NAPRZÓD nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający był obowiązany był odrzucić ofertę NAPRZÓD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c Pzp.
7. Gdyby Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego odnośnie opisanych wcześniej zarzutów, to Odwołujący wskazuje, że niezależnie od tego, NAPRZÓD powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VII pkt 4.2 SWZ. Powyższe uzasadnia postawienie Zamawiający zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy NAPRZÓD do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe argumenty Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) aktualny odpis z CeIDG;
- 2) pełnomocnictwo;
- 3) potwierdzenie wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 4) potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania;
- 5) potwierdzenie przesłania odwołania do Zamawiającego.