

Łódź, dnia 23 grudnia 2024 roku

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

Zamawiający: „Szpital Powiatowy we Wrześni” sp. z o. o. w restrukturyzacji
Ul. Słowackiego 2, 62-300 Września
KRS: 0000290122, NIP: 7891692746
Tel.:614370537
e-mail: kjedrasak@szpitalwrzesnia.home.pl
adres strony internetowej: www.szpitalwrzesnia.home.pl

Odwołujący: **Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**
ul. Traktorowa 126 lok. 301 , 91-204 Łódź
KRS: 0000601008; NIP: 6772398589
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Magdalenę Binczarską
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn. „„*Usługa gastronomiczna obejmująca przygotowanie i dostawę posiłków dla pacjentów szpitalnych*” ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 października 2024 roku pod numerem: 2024/S 203-630057, numer referencyjny: SA-381-22/24

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Naprzód Catering sp. z o. o. – na podstawie art. 505 ust. 1 Pzp w zw. z art. 513 pkt 1 Pzp **wnoszę odwołanie** wobec czynności dokonania przez Zamawiającego:

- a) unieważnienia postępowania;
- b) uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania;
- z naruszeniem Pzp;

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1-5 Pzp w zw. z art. 110 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w z art. 1 pkt 23) Rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie** poprzez unieważnienie postępowania z powodu zaistnienia rzekomego błędu polegającego na tym, że Zamawiający w toku postępowania nie uwzględnił i nie zweryfikował w stosunku do

wykonawców biorących udział w postępowaniu przesłanek wykluczenia określonych na mocy art. 1 pkt 23) rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8 kwietnia 2022 r.), który według Zamawiającego stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania z powodu obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć w rzeczywistości nie wystąpiła wada, na którą się powołuje Zamawiający w tym względzie, gdyż Rozporządzenie (UE) nr 833/2014 jest przepisami bezwzględnie obowiązującymi a Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a więc również po etapie składania i otwarcia ofert, a także mimo że nie wpisał tych podstaw wykluczenia Wykonawcy do SWZ, ma obowiązek je uwzględnić i zweryfikować w trakcie procedury przetargowej:

2. **art. 260 ust. 1 Pzp** przez brak podania wyczerpującego i niewzbudzającego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania w zawiadomieniu z dnia 7 czerwca 2024 r. o unieważnieniu postępowania, na skutek czego nie sposób stwierdzić:
 - 1) odnośnie uzasadnienia prawnego – jakiej okoliczności potencjalnego unieważnienia umowy upatruje Zamawiający w wystąpieniu błędu w SWZ polegającego na braku wskazania przesłanek wykluczenia określonych w art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w z art. 1 pkt 23) Rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, na obecnym etapie postępowania;
 - 2) odnośnie uzasadnienia faktycznego – jaka okoliczność faktyczna spowodowała, że Zamawiający nie mógł zbadać podstaw wykluczenia po otwarciu ofert a ewentualnie dlaczego zawarta umowa będzie podlegać unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

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

Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu, zaś ze względu na fakt, iż na obecnym etapie postępowania nie dokonano oceny ofert oraz nie wybrano najkorzystniejszej oferty to jednak oferta Odwołującego zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert.

UZASADNIENIE

W dniu 17 października 2024 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn. „*Usługa gastronomiczna obejmująca przygotowanie i dostawę posiłków dla pacjentów szpitalnych*” ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika

Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 października 2024 roku pod numerem: 2024/S 203-630057, numer referencyjny:SA-381-22/24.

W dniu 12 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o następującej treści:

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Usługa gastronomiczna obejmująca przygotowanie i dostawę posiłków dla pacjentów szpitalnych”

Na podstawie art. 255 pkt. 6 w zw. z art. 260 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej PZP, unieważniam postępowanie.

Uzasadnienie faktyczne:

W toku prowadzonego postępowania Zamawiający stwierdził, że nie uwzględnił i nie zweryfikował w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu przesłanek wykluczenia określonych na mocy przepisu art. 1 pkt. 23 rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 08.04 2022, str.).

Powyższe oznacza, że postępowanie przetargowe po terminie składania ofert obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie prawne.

Podstawą prawną unieważnienia postępowania jest art. 255 pkt. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie zgadza się z taką czynnością oraz z takim stanowiskiem Zamawiającego z przyczyn szczególnie podanych poniżej.

1) Uzasadnienie zarzutu nr 1

Unieważnienie postępowania musi być oparte na ustawowej przesłance. W obecnej sytuacji jedyną podstawą takiego unieważnienia mogłaby być nieusuwalna wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy z wykonawcą. Umowa podlega jednak unieważnieniu w sytuacjach określonych w art. 457 Pzp, z których żadna nie odpowiada tej wskazanej przez Zamawiającego.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 3 lipca 2013 roku (KIO 1420/13) „Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 [aktualnie art. 457 Pzp – uwaga własna Odwoływającego] ustawy, dla Zamawiających znacząco ograniczone [...]”

W kontekście powyższego, aby dopuszczalne było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, konieczne jest spełnienie łącznie dwóch przesłanek:

- 1) postępowanie musi być obciążone nieusuwalną wadą,
- 2) wada ta musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Po pierwsze, Odwoływający wskazuje, że brak uwzględnienie i brak weryfikacji przesłanek wykluczenia, na które powołuje się Zamawiający, w ogóle nie są „wadą”, o której mowa w przepisie art. 255 pkt 6 Pzp, gdyż obligatoryjne podstawy wykluczenia, mimo że nie zostały wskazane w SWZ, wciąż obowiązują i mogą zostać weryfikowane przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania w myśl art. 110 Pzp – „I. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.”

Jak wynika z komentarza Urzędu Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza do w.w. przepisu: „Z zastosowania przepisu art. 110 ust. 1 Pzp wynikają dwa wnioski. Po pierwsze, że wykluczenie może nastąpić na dowolnym etapie postępowania, gdy tylko ujawnią się podstawy wykluczenia. **Konieczne jest jedynie, aby postępowanie było wszczęte i niezakończone. Wykonawca może zatem zostać wykluczony z postępowania aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia albo unieważnienia postępowania.** Po drugie zaś, że powodem wykluczenia są zarówno okoliczności powstałe przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”

W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z zakończonym postępowaniem, a więc Zamawiający nadal może zweryfikować podstawy wykluczenia bez konieczności unieważniania postępowania.

Ponadto jak wynika z odpowiedzi na pytania Urzędu Zamówień Publicznych w jakiś sposób można weryfikować przesłanki wykluczenia z art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie: „Zamawiający może sprawdzić tę podstawę wykluczenia przez żądanie od Wykonawców: na ww. podstawie prawnej przykładowo może być: oświadczenie własne wykonawcy o braku postaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.” (link: <https://www.gov.pl/web/uzp/pytania-i-odpowiedzi2> dostęp: 2024.12.23)

← ↻ 🔒 https://www.gov.pl/web/uzp/pytania-i-odpowiedzi2

Urzędy centralne

- Strona główna
- Rada Ministrów
- Kancelaria Premiera
- Ministerstwa
- Urzędy, instytucje i placówki RP

- 👤 Usługi dla obywatela
- 🏢 Usługi dla przedsiębiorcy
- 📄 Usługi dla urzędnika
- 👤 Usługi dla rolnika

- Profil zaufany
- Baza wiedzy
- Serwis Służby Cywilnej
- 🇺🇦 Сайт для громадян України
-Serwis dla obywateli Ukrainy

W oparciu o jaką podstawę prawną z ustawy Prawo zamówień publicznych należy odrzucić ofertę wykonawcy, w sytuacji, w której zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 5k rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie?

W oparciu o jakie podmiotowe środki dowodowe lub w jaki inny sposób zamawiający może badać czy złożona oferta jest niedopuszczalna na gruncie art. 5k rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie? W szczególności w jaki sposób zamawiający może badać i ustalać istnienie powiązań, o których mowa w art. 5k ust. 1 lit b i c ww. rozporządzenia?

Na potwierdzenie, że w stosunku do danego wykonawcy nie zachodzi podstawa wykluczenia przewidziana w art. 5k rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, zamawiający żąda oświadczenia, że w stosunku do wykonawcy nie zachodzi podstawa wykluczenia przewidziana w art. 5k rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576. Weryfikacji braku zaistnienia omawianej podstawy wykluczenia w stosunku do konkretnego podmiotu zamawiający może dokonać za pomocą wszelkich dostępnych podmiotowych środków dowodowych. Podmiotowym środkiem dowodowym służącym wykazaniu braku podstaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej przykładowo może być: oświadczenie własne wykonawcy o braku postaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Tytułem przykładu, informację o tym, czy dany podmiot należy w ponad 50% do obywateli rosyjskich znaleźć można w Centralnym Rejestrze Beneficjentów Rzeczywistych lub jego odpowiednikach w innych krajach.

A więc mając na względzie powyższe nawet brak zastrzeżenia takiej podstawy wykluczenia w dokumentach zamówienia, nie powoduje, że Zamawiający nie może jej zweryfikować, choćby wzywając do złożenia oświadczenia przez Wykonawców oraz sprawdzenie powszechnie dostępnych - Krajowego Rejestru Sądowego, Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej oraz Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Obecnie nie ma podstaw do unieważnienia ewentualnie zawartej Umowy.

Po weryfikacji Wykonawców przez Odwołującego, którzy złożyli ofertę w postępowaniu (W Centralnym Rejestrze Beneficjentów Rzeczywistych oraz KRS i CEIDG) nie wynika, aby były one podmiotami, które wypełniają dyspozycję art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie.

Warto zaznaczyć, że przepis ten ustanawia zakaz udziału rosyjskich wykonawców w zamówieniach publicznych i koncesjach udzielanych we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej, przy czym przez „rosyjskich wykonawców” należy rozumieć: obywateli rosyjskich, osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy z siedzibą w Rosji; osoby prawne, podmioty lub organy, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji; osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy działające w imieniu lub pod kierunkiem: obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji lub osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w

ponad 50 % należą do obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji. Powyższe dotyczy również podwykonawców.

Po drugie, nawet jeśli przyjąć, że istotnie wystąpiła nieusuwalna wada w postępowaniu, nie sposób przyjąć, że zawarcie umowy prowadziło w tych warunkach do jej unieważnienia. Nie ma bowiem takiej możliwości w świetle zamkniętego katalogu przyczyn unieważnienia, który w sposób enumeratywny wskazuje na następujące:

„Art. 457. [Unieważnienie umowy]

1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

[...]

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575, 1578 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 11).

5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.”

Żadna z wad wymienionych w powyższym przepisie nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Wobec tego Zamawiający nie mógł skorzystać z wyżej wskazanej podstawy unieważnienia.

Tak też: Nowicki Józef Edmund w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych (LEX): „Do zastosowania art. 255 pkt 6 p.z.p. konieczne jest zatem wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Należy do nich zaliczyć następujące okoliczności:

1) musi wystąpić wada postępowania;

2) wada musi być niemożliwa do usunięcia;

3) niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu;

4) zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 457 p.z.p.”

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

2) Uzasadnienie zarzutu nr 2

Przepis art. 260 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania przy okazji zawiadomienia o jej dokonaniu.

Zgodnie zaś ze słusznym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2021 r., KIO 1487/21, *Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 260 ust. 1 p.z.p., lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i wymaga konkretnego odniesienia się do okoliczności danej sprawy co warunkuje realizację podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd jak również nie może rodzić jakichkolwiek wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw unieważnienia postępowania a nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. Czynność unieważnienia postępowania przez zamawiającego musi być pozbawiona uznaniowości.*

W konsekwencji, uzasadnienie unieważnienia postępowania powinno być wyczerpujące i nie wzbudzać wątpliwości.

Tymczasem, z uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego nie wynika:

- 1) odnośnie uzasadnienia prawnego – jakiej okoliczności potencjalnego unieważnienia umowy upatruje Zamawiający, na obecnym etapie postępowania; w wystąpieniu błędu w SWZ polegającego na braku wskazania przesłanek wykluczenia określonych w art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w z art. 1 pkt 23) Rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie , na obecnym etapie postępowania;
- 2) odnośnie uzasadnienia faktycznego – jaka okoliczność faktyczna spowodowała, że Zamawiający nie mógł zbadać podstaw wykluczenia po otwarciu ofert a ewentualnie dlaczego zawarta umowa będzie podlegać unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 Pzp

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

1. aktualny wydruk informacji z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo;
3. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
4. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
5. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.