

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 października 2020 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Jacek Barczewski (spr.)
Sędziowie:	SO Mirosław Wieczorkiewicz SO Agnieszka Żegarska
Protokolant:	st. sekr. sądowy Agnieszka Najdrowska

po rozpoznaniu w dniu 30 września 2020 r. w Olsztynie

na rozprawie

1. sprawy z odwołania (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w Ł.

z udziałem zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala (...) z siedzibą w O.

na skutek skargi odwołującego się od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2020 r., sygn. akt KIO 924/2020,

2. sprawy z odwołań (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w Ł., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego (...) w G.

z udziałem zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala (...) z siedzibą w O.

na skutek skargi odwołujących się od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt KIO 1009/2020,

I. zmienia zaskarżone postanowienia w całości w ten sposób, że:

1. uwzględnia odwołania i nakłada na zamawiającego – Wojewódzki Szpital (...) z siedzibą w O. karę finansową w wysokości 7 % wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie, tj. 235.816,06 (dwieście trzydzieści pięć tysięcy osiemset szesnaście 06/100) zł,

2. oddala odwołania w pozostałej części,

3. kosztami postępowań odwoławczych obciąża zamawiającego Wojewódzki Szpital (...) z siedzibą w O., zaliczając w poczet tych kosztów kwotę 15.000 (piętnaście tysięcy) zł i zasądza od Wojewódzkiego Szpitala (...) z siedzibą w O. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w Ł. kwotę 15.000 (piętnaście tysięcy) zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego, obejmujące wpisy od odwołań,

II. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala (...) z siedzibą w O. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w Ł. kwotę 78.600 (siedemdziesiąt osiem tysięcy sześćset) zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 8 października 2020 r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu kosztów postępowań skargowych,

III. zasądza dodatkowo od Wojewódzkiego Szpitala (...) z siedzibą w O. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w Ł., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego (...) w G. kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 8 października 2020 r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Mirosław Wieczorkiewicz Jacek Barczewski Agnieszka Żegarska

Sygn. akt IX Ca 596/20

## UZASADNIENIE

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w Ł. wniosła 29 kwietnia 2020 r. odwołanie od czynności zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala (...) z siedzibą w O. w postaci określenia warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia, jako naruszających przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Żądała nakazania zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w sposób szczegółowo opisany w odwołaniu.

Postanowieniem z dnia 14 maja 2020 r. w sprawie KIO 924/20, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła wskazane odwołanie, kosztami postępowania obciążając (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w Ł. i zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

W dniu 11 maja 2020 r. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w Ł., (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) w G. złożyły odwołanie od czynności zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala (...) z siedzibą w O. w postaci odrzucenia ich oferty, dokonania wyboru oferty (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O., zaniechania wezwania wskazanego wykonawcy do wyjaśnienia treści oświadczenia złożonego przez inny podmiot na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dokonania badania i oceny ofert w oparciu o uproszczone procedury tzw. zamówień na usługi społeczne poniżej progów unijnych, w sytuacji gdy przepisy te nie znajdowały zastosowania. Odwołujący się wnieśli o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia ich oferty,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert, w tym wezwania (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących przedstawienia przez tego wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie dokonania czynności unieważnienia postępowania,
- w przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, unieważnienia tej umowy w całości.

Postanowieniem z dnia 22 maja 2020 r. w sprawie KIO 1009/20, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołania wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, kosztami postępowania obciążyła wykonawców zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniach obu postanowień Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa żywienia pacjentów szpitalnych wraz z adaptacją pomieszczeń, sklasyfikowana pod kodami Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) 55.30.00.00-3 - usługi restauracyjne i podawania posiłków, 55.32.10.00-6 -

usługa przygotowania posiłków, 55.52.11.00-9 - usługa rozwożenia posiłków, 15.89.42.20-9 -posiłki szpitalne (por. pkt III, str. 3 SIWZ). Usługi te zostały wymienione, w załączniku nr XIV do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE, a zatem, zgodnie z art. 138 h ustawy Pzp, są tzw. „usługami społecznymi i innymi szczególnymi usługami”.

Powyższej kwalifikacji nie zmienia okoliczność, że zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający odda dodatkowo wyłonięmu wykonawcy w dzierżawę pomieszczenie, w którym będą przygotowywane posiłki, z czym łączy się obowiązek wyposażenia tego pomieszczenia do pełnienia takiej funkcji.

Organ odwoławczy wskazał, że oddanie pomieszczeń zamawiającego w dzierżawę wykonawcy wiązać się będzie po stronie wykonawcy z obowiązkiem płacenia zamawiającemu comiesięcznego czynszu w ustalonej wysokości. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej powyższe przysporzenie należy kwalifikować jako uzyskiwanie przez zamawiającego korzyści z rzeczy, jaką jest posiadane pomieszczenie. Czerpanie przez zamawiającego korzyści z własnego majątku, polegające na uzyskiwaniu od wykonawcy-dzierżawcy comiesięcznego czynszu, nie jest zamówieniem publicznym. Nie mamy tu bowiem do czynienia z „nabyciem dostaw, usług czy robót budowlanych”, które jest elementem koniecznym dla uznania danego świadczenia za zamówienie publiczne.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała dalej, że pojęcie zamówienia publicznego jest pojęciem unijnym, a jednym z elementów definicji jest właśnie „nabycie robót, dostaw lub usług” (por. 1 ust. 2 dyrektywy nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE). W konsekwencji w analizowanej sprawie o zamówieniu publicznym można mówić jedynie w odniesieniu do usług żywienia pacjentów szpitalnych, które zamawiający będzie nabywał od wyłonionego wykonawcy. Nie zmienia tego również konieczność poniesienia przez dzierżawcę nakładów celem rozpoczęcia świadczenia usług żywienia w dzierżawionym pomieszczeniu. Konieczność przystosowania przedmiotu dzierżawy do świadczenia usług żywienia pacjentów Wydzierżawiającego ale i innych podmiotów jest elementem umowy dzierżawy dopuszczalnym na zasadzie swobody umów (art. 353<sup>(1)</sup> KC). Nie jest to przy tym obowiązek sztuczny, gdyż pozostaje on w ścisłym związku z celem, dla którego zawierana będzie umowa dzierżawy pomieszczenia, jakim jest świadczenie usług żywienia pacjentów Wydzierżawiającego oraz innych podmiotów. Ponadto, jak wynika z § 8 ust. 4 wzoru umowy dzierżawy, dzierżawcy przysługuje od zamawiającego rekompensata za niezamortyzowane koszty adaptacji. Jest to jeden ze sposobów rozliczenia nakładów na przedmiot dzierżawy, dopuszczalny w ramach swobody umów.

W dalszej kolejności ustaliła na podstawie pkt 2.4. protokołu postępowania, że szacunkowa wartość zamówienia publicznego wynosiła 2.592.592,59 zł netto, co stanowi równowartość 607.264,00 euro, a zatem nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750.000 euro, określonej w art. 138 g ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołania podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Izba zauważyła, iż uregulowania dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zostały wyodrębnione w ustawie Pzp w dziale III rozdziale 6 ustawy. Przedmiotem zamówienia na usługi społeczne są usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE, zgodnie z dyspozycją art. 138h ustawy pzp. W ramach tego rodzaju zamówień ustawodawca przewidział niejako dwie procedury w zależności od wartości udzielanego zamówienia.

Ustawodawca wskazał, że przepisy rozdziału 6 ustawy stosuje się do zamówień na usługi społeczne, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: 1) 750 000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 2) 1 000 000 euro - w przypadkach zamówień sektorowych. W takim przypadku, zgodnie z art. 138i ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdział 2a, działu 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI, a przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35 stosuje się odpowiednio.

A contrario, z art. 138 g ustawy Pzp wynika, że w razie nieosiągnięcia ww. progu kwotowego przepisów rozdziału 6 ustawy Pzp nie stosuje się. Tym samym nie stosuje się także znajdującego się w rozdziale 6 przepisu art. 138 I ustawy Pzp, który zawiera odwołanie do działu VI ustawy (środki ochrony prawnej), przyznającego wykonawcy prawo do wniesienia odwołania. W szczególności zaś nie znajduje zastosowania art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja przepisów ustawy Pzp byłaby zatem interpretacją contra legem.

Jednocześnie, w przypadku gdy wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza od wymienionych wyżej kwot, zamawiający może udzielić zamówienia stosując wyłącznie przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp. W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany udzielić zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto, zamieszcza na swojej stronie Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia w szczególności: 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia, 3) kryteria oceny ofert (ust. 3 art. 138o ustawy Pzp). Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający jest zobligowany zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia (ust. 4 art. 138o ustawy Pzp).

W ocenie Izby uregulowania zawarte w art. 138o ustawy Pzp stanowią odrębną i kompleksową procedurę udzielania zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progu, na co wskazuje analiza treści oraz chronologia przywołanych przepisów.

W tej sytuacji zamawiający jest uprawniony do samodzielnego ustalenia i opisanie szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, mając na względzie co najmniej minimalne wymagania opisane w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp, to jest zachowanie zasad przejrzystości, obiektywności i niedyskryminacji wykonawców.

Zauważono również, że procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, tworzona jest przez samego zamawiającego, tym samym nie jest procedurą opartą na ustawie Prawo zamówień publicznych, choć zamawiający uprawniony jest do zastosowania instytucji przewidzianych w ustawie, jednak owa procedura stosowana przez zamawiającego nie będzie procedurą określoną ustawą - a jedynie procedurą własną zamawiającego. Tym samym zamawiającego nie wiążą inne przepisy ustawy, w tym również przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej.

Podkreślono, że ustawodawca nie odsyła w artykule 138o ustawy Pzp do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp (środki ochrony prawnej), tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1 000 000 euro - w przypadku zamówień sektorowych (w tych przypadkach odwołanie przysługuje, zgodnie z art. 1381 ustawy Pzp). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zakreślającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów.

W konsekwencji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Izba rozstrzyga spory dokonując oceny czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, nie zaś w oparciu o postanowienia ogłoszenia stanowiącego

uregulowania własne zamawiającego, nawet jeśli stanowią pośrednio odzwierciedlenie instytucji przewidzianych ustawą.

Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust. 1 ustawy, zatem Izba nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechać zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie.

Tym samym Izba nie może rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez zamawiającego. Ustawa Pzp zawiera bowiem wzorce uniwersalne, które muszą znaleźć odzwierciedlenie w każdym postępowaniu, podczas gdy zamawiający związany jest jedynie trzema podstawowymi zasadami, a pozostałe elementy postępowania może ukształtować w sposób dowolny. Można sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający w sposób odmienny niż zakłada ustawa Pzp ureguluje sposób rozstrzygania sporów w postępowaniu.

Izba podkreśliła również, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972; dalej rozporządzenie), nie regulują wysokości wpisu od odwołania w postępowaniu na usługi społeczne o wartości poniżej progów, co potwierdza intencje ustawodawcy, że w takich przypadkach odwołanie nie przysługuje.

Bezzasadne jest także powoływanie się na rzekomą niezgodność ww. regulacji z prawem unijnym w sprawach zamówień publicznych. Przytoczone uregulowanie w prawie krajowym nie jest przypadkowe. Jak bowiem wynika z motywu 115 dyrektywy nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE prawodawca unijny uważa, że takie zamówienia jak w przedmiotowej sprawie (a więc usługi przygotowywania posiłków, usługi restauracyjne o mniejszej wartości) pozostają poza jego uwagą, gdyż nie mają charakteru transgranicznego. Usługi hotelowe i restauracyjne zazwyczaj świadczone są wyłącznie przez podmioty znajdujące się w konkretnym miejscu świadczenia tych usług, mają zatem również ograniczony wymiar transgraniczny. W związku z tym usługi te powinny być objęte łagodniejszym reżimem dopiero od progu równego 750 000 EUR. Duże zamówienia na usługi hotelowe i restauracyjne powyżej tego progu mogą być przedmiotem zainteresowania różnych wykonawców, takich jak biura podróży i inni pośrednicy, również w ujęciu transgranicznym.

Podkreślono, że Krajowa Izba Odwoławcza nie może - wbrew wyraźnemu brzmieniu ustawy Pzp - domniemywać swych kompetencji, biorąc pod uwagę fakt, że właściwość Izby jest wyjątkiem od zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez organy o charakterze sądowym.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlegają zatem odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w Ł. wywiodła skargę na postanowienie z dnia 14 maja 2020 r. zaskarżając je w całości i zarzucając naruszenie:

1. art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 138o ust. 1 oraz 2-4 Pzp i art. 179 ust. 1 Pzp w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że w postępowaniu na usługi społeczne, w których wartość zamówienia jest niższa niż 750.000,00 euro wykonawcy nie przysługują środki ochrony prawnej, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego odrzucenia odwołania i nierozpoznania istoty sprawy;

2. art. 138g w zw. z art. 1381, art. 138o i art. 180 ust. 2 Pzp poprzez ich błędną wykładnię i wyprowadzenie z treści tych przepisów wniosku, że odwołanie nie przysługuje wykonawcy w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzone jest na podstawie art. 138o Pzp, podczas gdy prawidłowa wykładnia prowadzi do wniosku, że z przepisów tych nie wynika wcale niedopuszczalność odwołania w tego typu postępowaniu - na skutek czego odwołanie zostało odrzucone;

3. art. 2 pkt 13 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że w sytuacji gdy ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) wynika, że wraz z wykonaniem usług będących przedmiotem zamówienia wykonawca zobowiązany będzie także do jednoczesnego zawarcia z zamawiającym umowy dzierżawy pomieszczeń niezbędnych do wykonania usług i przeprowadzenia w nich robót budowlanych celem ich przystosowania, to zobowiązanie w zakresie zawarcia umowy dzierżawy i wykonania robót budowlanych w dzierżawionych pomieszczeniach nie stanowi części zamówienia publicznego, podczas gdy prawidłowa wykładnia prowadzi do wniosku, że zamówienie publiczne obejmuje całość świadczenia wykonawcy, polegającego na wykonaniu usług, dostaw lub robót budowlanych, wykonanego na rzecz zamawiającego - na skutek czego odwołanie zostało odrzucone,

4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5b pkt 1 w zw. z art. art. 5c ust. 1-2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi dokonał w opisie przedmiotu zamówienia połączenia zamówień na usługi i roboty budowlane w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, a to przez wskazanie, że przedmiotem zamówienia są usługi gastronomiczne mające status zamówień na usługi społeczne, podczas gdy rzeczywiście przedmiot zamówienia obejmuje trwającą rok usługę gastronomiczną oraz wykonanie robót budowlanych o wartości znacznie przekraczającej wartość usługi gastronomicznej, co powoduje, że w świetle przywołanych przepisów zamówienie powinno zostać udzielone w oparciu o przepisy właściwe dla robót budowlanych, nie zaś dla zamówień na usługi społeczne,

5. art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi:

1) określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat dokona adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala”, który to warunek jest dalece niejasny i nieprzejrzysty, w sposób uniemożliwiający odczytanie celu jaki zamawiający miał w jego ustanowieniu, a biorąc pod uwagę że termin składania ofert upływa 30 kwietnia 2020 r., jest niemożliwy do spełnienia, gdyby zaś rozumieć ten warunek w ten sposób, że wykonawca ma wykazać się wykonaniem adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji dowolnego szpitala, to warunek ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

2) określił wymagane od wykonawców dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nieprzejrzysty, a to poprzez określenie wymogu przekazania zamawiającemu koncepcji zagospodarowania pomieszczeń w sposób nazbyt ogólny, z brakiem przedstawienia choćby minimalnych wymagań przez zamawiającego w tym względzie, z przedstawieniem w załączeniu do SIWZ dokumentów niedostatecznych do ustalenia podstawowych parametrów możliwej do wykonania adaptacji pomieszczeń,

6. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a to przez wskazanie niemożliwego ze względów technicznych i prawnych sposobu wykonania zamówienia, co mogłoby prowadzić do podejmowania przez zwycięskiego wykonawcę działań niezgodnych z prawem celem prawidłowego wykonania zamówienia,

7. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 1 i art. 30 ust. 8 oraz art. 31 ust. 2 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej bez opisanego jakichkolwiek minimalnych oczekiwań co do rezultatów przeprowadzonych

robót budowlanych, w dodatku bez określenia ich cech technicznych oraz bez opisanie tych robót budowlanych za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego,

8. art. 29 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a także w sposób nieprzewidujący żadnego odrębnego wynagrodzenia za wykonanie tych robót budowlanych, podczas gdy wynagrodzenie za wykonanie zamówienia uzależnione jest od liczby zamówionych posiłków, co może oznaczać, że zamówienie zostanie wykonane nieodpłatnie wbrew regule odpłatności zamówienia publicznego,

9. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 15 i art. 140 ust. 1 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności w sposób sprzeczny wewnątrznie, a to przez wskazanie w rozdziale XV SIWZ, że zamawiający nie przewiduje wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, podczas gdy w § U projektu umowy wskazano na konieczność jego wniesienia, co wprowadza w błąd wykonawców,

10. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 9a ust. 1 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi w sposób nieprecyzyjny określił przedmiot zamówienia z jednoczesnym uniemożliwieniem Skarżącemu zapoznania się na miejscu z przedmiotem zamówienia, w szczególności przez określenie w SIWZ terminu składania ofert nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, w szczególności przez umieszczenie ogłoszenia w dniu 24 kwietnia 2020 r. (piątek) z jednoczesnym ustaleniem nieprzekraczalnego terminu wizji lokalnej na godzinę 10:00 dnia 27 kwietnia 2020 r. (poniedziałek) i terminu składania ofert na 30 kwietnia 2020 r. o godzinie 10:30, a także odmówienie w dniu 27 kwietnia 2020 r. Skarżącemu zgody na przeprowadzenie wizji lokalnej, w konsekwencji czego Skarżący został pozbawiony możliwości rzetelnego przygotowania oferty,

11. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy Przeciwnik skargi dokonał opisu przedmiotu zamówienia z zaniechaniem umieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, podczas gdy z opisu przedmiotu zamówienia wyraźnie wynika, że wartość zamówienia jest wyższa niż 30000 euro,

W oparciu o powyższe zarzuty skarżąca wniosła:

1. na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2) Pzp w zw. z art. 198f ust. 2 zdanie 2 i 3 Pzp o uwzględnienie skargi i unieważnienie umowy nr (...)(...) z dnia 6 maja 2020 r. zawartej przez Przeciwnika skargi z (...) sp. z o.o., względnie (według uznania Sądu) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej zgodnie z art. 193 Pzp, z uwagi na niemożliwość zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu;

2. na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 198f ust. 2 zdanie 2 i 3 Pzp - uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego postanowienia przez nakazanie Przeciwnikowi skargi zmiany SIWZ w następującym zakresie:

1)zmiany warunku udziału w postępowaniu rozdział V. 1.1. o następującej treści:

"1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim zostały określone przez zamawiającego i dotyczą:

1.1. Zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

1.1.1. wykonał należycie co najmniej jedną kompleksową usługę żywienia polegającą na przygotowaniu posiłków, dystrybucji do miejsca spożycia oraz odbiór naczyń dla min. 150 osób,

1.1.2. dokona adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala. " na treść następującą:

"1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim zostały określone przez zamawiającego i dotyczą:

1.1. Zdolności technicznej lub zawodowej — Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

1.1.1. wykonał należycie co najmniej trzy kompleksowe usługi żywienia polegającą na przygotowaniu posiłków, dystrybucji do miejsca spożycia oraz odbiór naczyń dla min. 150 osób. "

2) jednoznacznego wskazania w SIWZ zakresu: co powinna zawierać koncepcja zagospodarowania pomieszczeń wymagana na spełnienie warunków udział w postępowaniu rozdział VI SIWZ,

3) zmiany SIWZ w pkt. VII.3 przez dopisanie słów „Jeśli przedstawiciel wykonawcy nie był obecny na wyznaczonym terminie wizji lokalnej, Zamawiający zobowiązuje się umożliwić temu wykonawcy odbycie wizji lokalnej w terminie jednego dnia roboczego od otrzymania wniosku o przeprowadzenie wizji lokalnej.",

4) uzupełnienia § 7 ust. 4 projektu umowy dzierżawy w ten sposób, że zamawiający poda termin rozpoczęcia prac modernizacyjnych, o których mowa w tym postanowieniu,

5) uzupełnienia projektu umowy dzierżawy w jego § 1 ust. 3 przez podanie terminu przekazania dzierżawcy pomieszczeń będących przedmiotem tej umowy,

6) zastąpienia treści postanowienia § 8 ust. 3 projektu umowy dzierżawy w brzmieniu: "Z chwilą rozwiązania lub wygaśnięcia umowy Wyzdierżawiający zachowa ulepszenia wprowadzone przez Dzierżawcę w przedmiocie dzierżawy, bez obowiązku zapłaty równowartości ulepszeń.", treścią następującą:

"W przypadku rozwiązania niniejszej umowy Wyzdierżawiający zwróci Dzierżawcy wartość udokumentowanych i zaakceptowanych przez Wyzdierżawiającego nakładów na roboty budowlane, wyposażenie i inne w przedmiocie dzierżawy ,a za podstawę będzie przyjęta kwota ustalona na podstawie ust. 4, oraz wartość innych nakładów na przedmiot dzierżawy , na dokonanie których wyraził zgodę na piśmie , za okres do końca okresu, na który niniejsza umowa została zawarta. Płatność zostanie dokonana na podstawie wystawionej faktury przez Wyzdierżawiającego ( w terminie do 30 dni po zakończeniu okresu dzierżawy ) z terminem płatności - 90 dni. Wysokość faktur pokryje różnice poniesionych nakładów inwestycyjnych , a kompensowanym czynszem.",

7) uzupełnienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez określenie odrębnego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, o których mowa w § 2 projektu umowy dzierżawy,

8) wykreślenia § 11 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

9) dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, o których mowa w § 2 projektu umowy dzierżawy, w sposób zgodny z art. 31 ust. 2 Pzp, tj. z wykorzystaniem programu funkcjonalno-użytkowego, przy czym podstawowe dane jakie powinien zamawiający przekazać w tym dokumencie to:

a) oznaczenie nieruchomości według księgi wieczystej oraz katastru nieruchomości,

- b) powierzchnię nieruchomości,
- c) opis nieruchomości,
- a) przeznaczenie nieruchomości w planie miejscowym i sposób jej zagospodarowania, termin zagospodarowania nieruchomości.
- b) informację o obciążeniach nieruchomości,
- f) wstępna dokumentacja projektowej potwierdzająca możliwość adaptacji pomieszczeń pod kuchnię cateringową,
- g) opis zakresu prac modernizacyjnych - remontowych
- h) wyznaczenie etapów realizacyjnych
- i) wskazanie odbioru budynku oraz pomieszczeń

3. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego, wniosła o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego postanowienie przez nakazanie Przeciwnikowi skargi dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp,

4. Zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od zasądzonych kosztów procesu od dnia uprawomocnienia się orzeczenia je zasądzającego do dnia zapłaty,

5. orzeczenie o kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i zasądzenie na rzecz Skarżącego od Przeciwnika skargi kwoty 11.100,00 złotych, na których składa się opłata od odwołania w wysokości 7.500,00 złotych i koszty zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 złotych, wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od zasądzonych kosztów od dnia uprawomocnienia się orzeczenia je zasądzającego do dnia zapłaty,

6. dołączenie do materiału dowodowego dokumentacji postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 924/20 i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach tej sprawy tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze wszystkim załącznikami, projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, projektu umowy dzierżawy, celem wykazania zasadności zarzutów odwołania Skarżącego,

7. dołączenie do materiału dowodowego dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach tej sprawy tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze wszystkim załącznikami, projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, projektu umowy dzierżawy, celem wykazania zasadności zarzutów odwołania Skarżącego,

8. dołączenie do materiału dowodowego dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach tej sprawy tj. wniosku Skarżącego o wyznaczenie kolejnego terminu wizji lokalnej z dnia 27.04.2020 r. i odpowiedzi zamawiającego na w/w wniosek z dnia 27.04.2020 r. celem udowodnienia, że Przeciwnik skargi odmówił Skarżącemu możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej,

9. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy nr (...) (...) z 6 maja 2020 r., zawartej przez Przeciwnika skargi z (...) sp. z o.o. - celem wykazania, że Przeciwnik skargi zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego w rezultacie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

- wskazując jednocześnie, że Skarżący nie mógł tego dowodu powołać wcześniej w związku z zawarciem tej umowy po dacie wniesienia odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w Ł., (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) w G. wnieśli skargę na postanowienie z dnia 22 maja 2020r., zaskarżając je w całości i zarzucając mu naruszenie:

1. art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 138o ust. 1 oraz 2-4 Pzp i art. 179 ust. 1 Pzp w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że w postępowaniu na usługi społeczne, w których wartość zamówienia jest niższa niż 750.000,00 euro wykonawcy nie przysługują środki ochrony prawnej, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego odrzucenia odwołania i nierozpoznania istoty sprawy;

2. art. 138g w zw. z art. 1381, art. 138o i art. 180 ust. 2 Pzp poprzez ich błędną wykładnię i wyprowadzenie z treści tych przepisów wniosku, że odwołanie nie przysługuje wykonawcy w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie art. 138o Pzp, podczas gdy prawidłowa wykładnia prowadzi do wniosku, że z przepisów tych nie wynika wcale niedopuszczalność odwołania w tego typu postępowaniu - na skutek czego odwołanie zostało odrzucone,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 192 Pzp ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia odwołania w sytuacji gdy, odrzucenie oferty Skarżących z powodu niezgodności jej treści ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), było nieprawidłowe albowiem:

a) złożona oferta nie jest niezgodna z żadnym postanowieniem SIWZ ani innych dokumentów zamówienia. zaś złożona przez Skarżących Koncepcja zagospodarowania jest w pełni zgodna z treścią SI WZ i dokumentami zamówienia,

b) złożona oferta jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, zaś SIWZ i pozostałe dokumenty zamówienia przewidują warunki realizacji zamówienia z uwzględnieniem przeprowadzenia adaptacji budowlanych, w tym termin realizacji adaptacji, niezgodne z przepisami prawa,

c) przedłożona przez Skarżących wraz z ofertą Koncepcja zagospodarowania nie jest treścią oferty, stąd nawet jej hipotetyczna niezgodność z SIWZ w ogóle nie może być podstawą do odrzucenia oferty, o czym świadczy fakt, że zgodnie z § 2 ust. 3 projektu umowy dzierżawy treść dokumentacji technologicznej związanej z przeprowadzanymi adaptacjami podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego, co oznacza, że jej treść może ulec zmianie po wyborze oferty najkorzystniejszej! a tym samym nie jest wiążąca),

d) skarżący w treści Koncepcji zagospodarowania nie powołują się wcale na doświadczenie związane ze świadczeniem usług sprzątania, wprowadzając w ten sposób w błąd Zamawiającego, a Przeciwnik skargi powołał się w tym względzie na tekst oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie stanowi w żadnym razie treści oferty,

e) skarżący w treści Koncepcji zagospodarowania wcale nie wykazują braku możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ,

f) skarżący w treści Koncepcji zagospodarowania wcale nie podają, jakoby na adaptację pomieszczeń potrzebowali co najmniej 11 miesięcy i 1 tygodnia,

g) skarżący w treści formularza cenowego uwzględnili koszty adaptacji, zaś Przeciwnik skargi w tym względzie wniosek przeciwny wywodzi argumentami zupełnie spekulacyjnymi,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 2 pkt 7 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia odwołania, w sytuacji gdy odrzucenie oferty Skarżących z powodu jej niezgodności treści z SIWZ przez złożenie oferty wariantowej, polegającej na tym, że Skarżący zdaniem Zamawiającego zamierzają świadczyć usługę żywienia, ale na dotychczasowych warunkach lecz po znacznie wyższej cenie, bez dodatkowych nakładów, podczas gdy takie twierdzenie jest niezgodne z definicją oferty wariantowej, która jest w istocie ofertą przedstawiającą co najmniej dwa różne sposoby (warianty) wykonania przedmiotu zamówienia bądź wariant alternatywny jego wykonania - było bezzasadne ponieważ oferta Skarżących nie zawiera wariantów wykonania zamówienia,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 Pzp poprzez zaniechania uwzględnienia odwołania, w sytuacji gdy Przeciwnik skargi odrzucił ofertę Skarżących z powodu rzekomych błędów w przedstawionej przez Skarżących koncepcji zagospodarowania i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, podczas gdy w razie powzięcia wątpliwości co do treści tego dokumentu, składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Przeciwnik skargi powinien był wezwać Skarżących do wyjaśnień w trybie tego przepisu oraz pkt. VI.C.4 SIWZ,

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia odwołania Skarżących, w sytuacji gdy Przeciwnik skargi odrzucił ofertę Skarżących z powodu wątpliwości, co do uwzględnienia przez Skarżących w cenie ofertowej kosztów adaptacji pomieszczeń, podczas gdy w wypadku uzasadnionych wątpliwości Przeciwnik skargi zobowiązany był wezwać Skarżących do ich wyjaśnienia,

7. art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia odwołania, w sytuacji gdy Przeciwnik skargi dokonał wyboru oferty (...) sp. z o.o. jako oleiły najkorzystniejszej z pominięciem oferty Skarżących jako bezpodstawnie odrzuconej.

8. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 192 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia odwołania w sytuacji gdy Przeciwnik skargi zaniechał wezwania (...) sp. z o.o. do wyjaśnień treści załączonego przez tego wykonawcę do oferty oświadczenia (...) sp. z o.o., złożonego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy z oświadczenia tego nie wynika, czy usługi na rzecz tego podmiotu były realizowane należycie i w jakim terminie były realizowane, a w dodatku prezesem zarządu tego podmiotu jest J. W., który jest jednocześnie prezesem zarządu (...) sp. z o.o., w związku z czym dokument ten wzbudza uzasadnione wątpliwości co do możliwości stanowiącego środka dowodowego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez (...) sp. z o.o., na skutek czego błędnie Przeciwnik skargi wybrał ofertę tego wykonawcy jako ofertę najkorzystniejszą,

9. poprzez zaniechanie uwzględnienia odwołania w sytuacji gdy Przeciwnik skargi przeprowadził postępowanie przetargowe z naruszeniem art. 138o Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wnieśli o:

1. na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2) Pzp w zw. z art. 198 f ust. 2 zdanie 2 i 3 Pzp uwzględnienie skargi i unieważnienie umowy nr (...) (...) z dnia 6 maja 2020 r. zawartej przez Przeciwnika skargi z (...) sp. z o.o., względnie (według uznania Sądu) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej zgodnie z art. 193 Pzp, z uwagi na niemożliwość zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu;

2. na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 198<sup>1</sup> ust. 2 zdanie 2 i 3 Pzp uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego postanowienia przez:

a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżących,

b) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

c) przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert, w tym wezwania (...) sp. z o.o. do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących przedstawionych przez tego wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. ewentualnie dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

4. zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od zasądzonych kosztów procesu od dnia uprawomocnienia się orzeczenia je zasądzającego do dnia zapłaty,

5. orzeczenie o kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i zasądzenie na rzecz Skarżącego od Przeciwnika skargi kwoty 11.100,00 złotych, na których składa się opłata od odwołania w wysokości 7.500,00 złotych

i koszty zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 złotych, wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od zasądzonych kosztów od dnia uprawomocnienia się orzeczenia je zasądzającego do dnia zapłaty,

6. dołączenie do materiału dowodowego dokumentacji postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 924/20 i przeprowadzenie dowodów, z dokumentów znajdujących się w aktach tej sprawy tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze wszystkim załącznikami, projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oferty Skarżących, projektu umowy dzierżawy, na fakt zgodności oferty Skarżących ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz pisma nr (...) z dnia 28 kwietnia 2020 roku na fakt uznania przez Zamawiającego, iż koncepcja nie podlega ocenie, i tym samym nie stanowi treści oferty oraz zawiadomienia o odrzuceniu oferty na okoliczność przyczyn odrzucenia ofert Skarżących,

7. zobowiązanie Przeciwnika skargi do dołączenia do materiału dowodowego dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Kompleksowa usługa żywienia pacjentów szpitalnych wraz z adaptacją pomieszczeń”. prowadzonego przez Przeciwnika skargi pod numerem (...) (...) i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach tej sprawy tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze wszystkim załącznikami, projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oferty Skarżących, projektu umowy dzierżawy, na fakt zgodności oferty Skarżących ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz pisma nr (...) (...) z dnia 28 kwietnia 2020 roku na fakt uznania przez Zamawiającego, iż koncepcja nie podlega ocenie, i tym samym nie stanowi treści oferty oraz zawiadomienia o odrzuceniu oferty na okoliczność przyczyn odrzucenia ofert Skarżących, umowy nr (...) (...) z dnia 6 maja 2020 r. na fakt jej zawarcia przez Przeciwnika skargi i (...) sp. z o.o.

Zamawiający Wojewódzki Szpital (...) w O. wniósł o oddalenie skarg i zasądzenie od skarżących kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Postanowieniem z dnia 28 sierpnia 2020 r. sprawy zostały połączone do rozpoznania i rozstrzygnięcia pod wspólną sygnaturą IX Ca 596/20.

### ***Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:***

Obie skargi zasługiwały co do zasady na uwzględnienie, nie prowadząc wszelako do wydania rozstrzygnięcia zgodnego z pierwotnym żądaniem skarżących zawartym w odwołaniu z 29 kwietnia 2020 r. O ile bowiem sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (art. 198f ust. 4 Pzp), zaś w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami (art. 198d Pzp), to Sąd Okręgowy na mocy art. 198a ust. 2 Pzp w zw. z art. 383 k.p.c. zobowiązany był wziąć pod uwagę fakt zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po wniesieniu odwołania w sprawie KIO 924/20, co zresztą znalazło odzwierciedlenie w żądaniu skargi na postanowienie z 14 maja 2020 r.

Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, skarga na orzeczenie KIO jest zwykłym środkiem odwoławczym, prowadząc, podobnie jak apelacja, do ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy. Sąd okręgowy rozpoznając skargę, działa jak sąd II instancji i tym samym zapewnia realizację prawa do zaskarżenia orzeczeń wydanych przez KIO, która pełni funkcje organu I instancji. Jednocześnie poprzez rozpoznawanie tego środka odwoławczego sąd okręgowy sprawuje kontrolę nad orzecznictwem KIO (por. J. May, Funkcjonowanie kontroli sądowej nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Prawo Zamówień Publicznych 2017/2 s. 30, uzasadnienie wyroku SN z 08.12.2016 r., I CSK 19/16). Jednocześnie przyjmuje się, że art. 198f ust. 2 zdanie czwarte ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wyłącza możliwość uchylecia przez sąd okręgowy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania. Wartość, którą ustawodawca chroni w ramach przyjętego modelu rozpoznawania przez sąd skarg na orzeczenia KIO usprawiedliwia bowiem założenie, że w postępowaniu sądowym zapadnie orzeczenie o istocie sprawy wszczętej na skutek odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyby okazało się, że KIO jako organ właściwy do rozpoznania odwołania wadliwie uznała, iż zostało ono złożone z naruszeniem przepisów określających przesłanki jego dopuszczalności (uchwała SN z 17.11.2017 r., III CZP 58/17).

Przekładając powyższe założenia na realia przedmiotowych skarg, zważywszy na czysto formalny charakter zaskarżonych postanowień, odnoszących się jedynie do dopuszczalności złożonych odwołań, konieczne będzie zwięzłe nakreślenie stanu faktycznego sprawy, przesądzenie możliwości poddania kontroli przez KIO i sąd powszechny postępowań prowadzonych na podstawie art. 138o Pzp, a następnie odniesienie się do zasadności zarzutów podniesionych przez skarżących.

### ***I. Stan faktyczny.***

Wobec braku sporu uczestników postępowania odnośnie najważniejszych elementów stanu faktycznego, zasadnym jest ograniczenie tej części pisemnych motywów do zaznaczenia fragmentów najistotniejszych z punktu widzenia rozstrzygnięcia merytorycznego.

I tak, przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiła usługa kompleksowego żywienia pacjentów szpitalnych w terminie od 10 sierpnia 2020 r. do 9 sierpnia 2021 r. wraz z adaptacją pomieszczenia na cele przygotowania posiłków. Zamawiający wskazał, iż postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 138g i 138o Pzp jako usługa społeczna o wartości poniżej 750.000 euro. SIWZ wraz z załącznikami została opublikowana na stronie internetowej W.w O. oraz w BIP dnia 24 kwietnia 2020 r. Termin składania ofert ustalono na 30 kwietnia 2020 r., godz. 10.30. W punkcie V SIWZ wymieniono warunki udziału w postępowaniu wskazując, że mogą o nie ubiegać się wykonawcy niepodlegający wykluczeniu i spełniający warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Spełnia je wykonawca, jeżeli wykaże, iż w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

- wykonał należycie co najmniej jedną kompleksową usługę żywienia polegającą na przygotowaniu posiłków, dystrybucji do miejsca spożycia oraz odbiorze naczyń dla min. 150 osób,
- dokona adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala.

W dniu 27 kwietnia 2020 r. (...) S.A. zwróciła się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ oraz wprowadzenie do nich szeregu zapisów, na co odpowiedzi udzielono 28 kwietnia 2020 r. W wyjaśnieniu podano m.in., że zamawiający oczekuje realizacji umowy od 10 sierpnia 2020 r. na bazie dzierżawionej powierzchni i nie wyraża zgody na zmianę terminu adaptacji pomieszczeń.

29 kwietnia 2020 r. (...) S.A. wniósł odwołanie na określenie warunków udziału w postępowaniu i opis przedmiotu zamówienia. Informacja o wniesionym odwołaniu i jego kopia zamieszczone zostały na stronie internetowej zamawiającego tego samego dnia.

Do 30 kwietnia 2020 r. wpłynęły do (...) w O. dwie oferty na wykonanie zamówienia, złożone przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. (opiewająca na 3.368.800,80 zł) oraz konsorcjum (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w Ł., (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) w G. (opiewająca na kwotę 2.814.212,16 zł).

5 maja 2020 r. zamawiający odrzucił wspólną ofertę skarżących, powołując się na brak jej korelacji z treścią SIWZ i niedopuszczalną wariantowość. W tym samym dniu (...) w O. zamieścił na stronie internetowej zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez spółkę (...).

W dniu 6 maja 2020 r. podpisano z wybranym podmiotem umowę o świadczenie usług żywieniowych i dzierżawy pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni z uwzględnieniem nałożenia na wykonawcę obowiązku przebudowy i wyposażenia pomieszczeń na własny koszt.

11 maja 2020 r. konsorcjum skarżących osób prawnych złożyło odwołanie do KIO na czynności zamawiającego w postaci m.in. odrzucenia ich oferty, dokonania wyboru oferty (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O., zaniechania wezwania wskazanego wykonawcy do wyjaśnienia treści oświadczenia złożonego przez inny podmiot na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

(...) S.A. wniesione 29 kwietnia 2020 r. odrzucone zostało przez KIO postanowieniem z 14 maja 2020 r. Odwołanie konsorcjum datowane na 11 maja 2020 r., odrzucono orzeczeniem KIO z 22 maja 2020 r.

Spółka (...) zakończyła prace adaptacyjne pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala do 10 sierpnia 2020 r., jednak nie rozpoczęła produkcji posiłków na jej bazie do tego dnia. Zamawiający zawarł z wykonawcą aneks do umowy zezwalający na dostarczenia posiłków z kuchni zewnętrznej do 31 sierpnia 2020 r. Od 1 września bieżącego roku, są one serwowane z adaptowanych na kuchnię pomieszczeń szpitalnych.

## **II. Dopuszczalność kontroli prawidłowości postępowań podprogowych na usługi społeczne.**

Jak wcześniej uwypuklono, obydwa zaskarżone postanowienia KIO nie odnoszą się merytorycznie do żądań skarżących, ograniczając się do apriorycznego przyjęcia, że w postępowaniach na usługi społeczne, w których wartość zamówienia jest niższa niż 750.000 euro, nie przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej określonych w dziale VI Pzp. Sąd Okręgowy dostrzega pewną jednolitość orzecznictwa KIO w tym zakresie, odwołującego się do odmienności zamówień na usługi społeczne, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: 1) 750.000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 2) 1.000.000 euro - w przypadkach zamówień sektorowych oraz zamówień na usługi społeczne nie osiągające tych kwot. Rzekoma specyfika zamówień podprogowych wynikać ma z tego, że w przeciwieństwie do zamówień na usługi społeczne wymienionych w art. 138g ust. 1 Pzp, ustawa nie zawiera odwołań do stosowania przepisów działu VI Pzp w przypadku zamówień na usługi społeczne mniejszej wartości. Nadto podnoszony jest argument o braku w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, wzmianki o wysokości wpisu od odwołania w postępowaniu na usługi społeczne o wartości poniżej progów.

Stanowiska takiego podzielić nie sposób.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej brzmienia powołanego rozporządzenia z 15 marca 2010 r., to oczywistym zdaje się, że akt niższej niż ustawa rangi, nie może stać na przeszkodzie realizacji konstytucyjnego prawa do sądu. Co więcej, art. 187 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 Pzp uzależnia rozpoznanie odwołania od uiszczenia wpisu do dnia upływu terminu na jego wniesienie. Tym samym możliwość rozpoczęcia procedowania odwołania przez KIO uzależniona jest od uiszczenia obligatoryjnego wpisu, choćby prima facie zachodziły podstawy odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 Pzp. Nie zachodzi zatem korelacja między brakiem określenia wysokości wpisu w niektórych rodzajach spraw w rozporządzeniu z 15 marca 2010 r., a zainicjowaniem procedury odwoławczej, której bezkosztowe zakończenie możliwe jest jedynie w przypadku zwrotu odwołania na podstawie art. 187 ust. 6 Pzp, nie zaś w razie odrzucenia odwołania.

Odnosząc się do stanowiska KIO wykluczającego możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przy zamówieniach podprogowych na usługi społeczne z uwagi na brak odniesienia do rozdziału VI Pzp podkreślić należy, że nie może go niweczyć sam brak w ustawie wzmianki podobnej do zamieszczonej w art. 138l Pzp. W doktrynie prawa zamówień publicznych wyrażono słuszne stanowisko, zgodnie z którym brak możliwości wniesienia odwołania budzi kontrowersje, gdyż powinien wynikać wprost z treści przepisów ustawy. W sytuacji gdy przepisy nie wyłączają *expressis verbis* tego prawa, należy opowiedzieć się za jego dopuszczalnością. Usługi społeczne poniżej progów nadal mogą obejmować zamówienia o pokaźnej wartości. Przy eliminacji możliwości wniesienia odwołania istotny segment rynku pozostaje poza kontrolą, zaś nakaz udzielania tych zamówień w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący ma w gruncie rzeczy fasadowy charakter (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 138o, teza 3, Legalis). Wskazuje się nadto, że wyłącznie stosowania ogólnych reguł do nabywania podprogowych usług społecznych nie wyłącza stosowania do tych usług przepisu o umowach i o środkach ochrony prawnej. Odnosi się bowiem wyłącznie do „udzielania zamówienia”, tj. znosi obowiązek pewnych czynności zamawiającego przed zawarciem umowy (przed udzieleniem zamówienia). Nie znosi kompetencji organów – prawa Prezesa Urzędu

Zamówień Publicznych do kontroli oraz kognicji Krajowej Izby Odwoławczej (por. W. Dzierżanowski/J. Jerzykowski/M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 1086).

Tożsame poglądy wyrażono w orzecznictwie sądów powszechnych, w tym Sądu Okręgowego w Olsztynie, który w postanowieniu z 25 sierpnia 2017 r. (IX Ca 807/17) uznał, iż choć przepis art. 138o Pzp nie zawiera co prawda wprost odesłania do stosowania regulacji dotyczących środków ochrony prawnej, to treść tego przepisu stanowi jedynie, iż do zamówień społecznych o mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2 - 4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne - w tym dotyczące przysługujących środków ochrony prawnej, które zostały uregulowane w przepisach art. 179-180 Pzp. Przyjęcie zapatrywania odmiennego doprowadziłoby do sytuacji, w której podmioty którym przysługują środki ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 Pzp), nie mogłyby skarżyć nawet czynności zamawiającego podjętych w trybie art. 138o, które pozostawałyby w sprzeczności z zasadą przejrzystości, zasadą obiektywności i zasadą działania w sposób niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 Pzp). Zdaniem Sądu Okręgowego, nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której sposób wydatkowania środków publicznych zostałby całkowicie wyłączony spod jakiegokolwiek kontroli.

Przyjęcie powyższego stanowiska, stoi w całkowitej sprzeczności z przepisem art. 18o ust. 1 ustawy P.z.p., który - co do zasady - dopuszcza zaskarżalność niezgodnych z przepisami ustawy czynności (bądź zaniechań) zamawiającego. Wyjątki w tym zakresie, przewiduje jedynie ust. 2 tego przepisu, który ogranicza prawo do korzystania z środków ochrony prawnej tylko ze względu na wartość zamówienia - a nie charakter postępowania. Należy mieć także na uwadze, że żaden z przepisów działu VI Pzp (ani sam przepis art. 138o), nie wyłącza stosowania przepisów o ochronie prawnej w odniesieniu do jakiegokolwiek postępowania uregulowanego w ustawie. Powyższe regulacje stanowią urzeczywistnienie konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania (art. 78 i art. 176 Konstytucji RP) oraz przejawem realizacji przez ustawodawcę praw człowieka i podstawowych wolności (art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r.). Zaakceptowanie stanowiska skarżącego, polegające na całkowitej możliwości wyłączenia wniesienia odwołania w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 138o ustawy P.z.p. - zdaniem Sądu Okręgowego - stałoby w całkowitej sprzeczności z powołanymi wyżej przepisami Konstytucji RP i prawa międzynarodowego.

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 8 czerwca 2018 r. (IV Ca 361/18) wywiódł podstawę wnoszenia odwołania w omawianym przypadku z treści art. 18o ust. 2 Pzp wskazując, że wartość przedmiotowego zamówienia z pewnością jest niższa niż przewidziana równowartość 750 000 euro, jednakże w ocenie sądu, nie oznacza to, że stronom tego postępowania nie służą żadne środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie. Jest wręcz przeciwnie. Wskazać bowiem należy, że sam ustawodawca w art. 18o ust. 2 Pzp przewidział możliwość zaskarżenia zamówienia w przypadku, gdy jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach, z tym, że odwołanie to przysługuje jedynie co do enumeratywnie określonych w tym przepisie czynności.

Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym odwołania powyższe poglądy nauki i judykatury w pełni podziela i przyjmuje za własne, co otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania skarg. Akcentuje przy tym, że pouczenie w punkcie XVIII SIWZ o nieprzysługiwaniu środków ochrony prawnej w postępowaniu nie może przesądzać o ich rzeczywistym wyłączeniu (podobnie błędne pouczenie o braku możliwości zaskarżenia postanowienia zażaleniem nie skutkuje dopuszczalnością jego wniesienia).

Co równie istotne na tle okoliczności połączonych spraw, skarżący podważają możliwość stosowania przez zamawiającego w postępowaniu przepisów Pzp dotyczących zamówień na usługi społeczne. Abstrahując na tym etapie rozważań od słuszności tego zarzutu, podzielenie stanowiska KIO wykluczałoby wniesienie odwołania w każdym postępowaniu, którego gospodarz jednostronnie zdecydowałby o przyznaniu zamówieniu takiego statusu. Ponownie byłoby to sprzeczne co najmniej z dyspozycją art. 138o ust. 2 Pzp, nakazującego udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.

### ***III. Merytoryczna ocena zarzutów skarżących.***

1. W pierwszej kolejności konieczne jest przesądzenie, czy w sprawie zastosowanie miały przepisy Pzp dotyczące postępowania o zamówienie usług społecznych o wartości szacunkowej nie wyższej niż 750.000 euro, co jest podważane przez (...) S.A. w odwołaniu datowanym na 29 kwietnia 2020 r. i skardze od postanowienia KIO z 14 maja 2020 r. Podzielnie tych zarzutów bezsprzecznie musiałyby skutkować uwzględnieniem odwołań, gdyż niezasadne zastosowanie trybu uproszczonego miałyby istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 138h Pzp, przedmiotem zamówienia na usługi społeczne są usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy (...) oraz załączniku XVII do dyrektywy (...). Niewątpliwie do usług społecznych zalicza się usługi przygotowania, dostarczania i podawania posiłków dla ograniczonej grupy klientów (pacjentów szpitala), co wskazano w opisie przedmiotu zamówienia. Jednakże o zamówienie ubiegać mogli się wykonawcy, którzy nie tylko w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali należycie co najmniej jedną kompleksową usługę żywienia polegającą na przygotowaniu posiłków, dystrybucji do miejsca spożycia oraz odbiorze naczyń dla min. 150 osób, ale co istotne, dokonają adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala. Stanowiący załącznik do SIWZ projekt umowy dzierżawy, nie poddaje się tak prostej analizie, jakiej dokonano w uzasadnieniach postanowień KIO. Nie wyłączając możliwości oddania w dzierżawę wybranemu wykonawcy pomieszczeń zamawiającego w ramach zasady swobody umów, jako konsekwencji udzielenia zamówienia, odmiennym rodzajowo przypadkiem jest zobowiązanie wykonawcy do przebudowania, wyposażenia, wykonania przyłączy, projektu budowlanego, wykonawczego i dokumentacji technicznej na własny koszt, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu (§ 2 wzoru umowy dzierżawy – załącznik nr 4 do SIWZ).

Faktem jest, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy (art. 5b pkt 1 Pzp). Art. 5c ust. 1 Pzp stanowi, iż jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.

Stosownie do ust. 2 powołanego artykułu, jeżeli zamówienie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje usługi, określone w załączniku XIV do dyrektywy (...) lub w załączniku XVII do dyrektywy (...) oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa.

Przepis art. 5c ust. 2 Pzp należy interpretować w ten sposób, że dotyczy tego samego rodzaju zamówienia – usług, jednakże część z tych usług podporządkowana jest reżimowi określonemu dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, a część podlega reżimowi właściwemu dla zamówień klasycznych, sektorowych lub zamówień z obronności i bezpieczeństwa. Usługi te mogą być połączone z dostawami. W przypadku połączenia zamówień, które podlegają takim reżimom prawnym, zastosowanie będą miały przepisy właściwe dla usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa (por. M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, art. 5c, Legalis).

Niewątpliwie dyspozycje art. 5c ust. 2 w zw. z art. 138h Pzp wykluczają możliwość objęcia zamówieniem mieszanym odpłatnych umów innych, niż usługi i dostawy. Łączenie z zamówieniem na usługi zamówienia na roboty budowlane dopuszczalne jest bowiem jedynie w sytuacjach wymienionych w art. 5c ust. 1 Pzp, które nie dotyczą zamówień na usługi społeczne.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu, choć formalnie poddanym rygorowi z art. 138o Pzp, zamówieniu na usługi cateringowe towarzyszył obowiązek wykonania szeregu robót budowlanych. Podmiot składający ofertę musiał zatem uwzględnić w kalkulacji ceny konieczność poniesienia kosztów przystosowania pralni, co zresztą przewidział zamawiający w kalkulacji środków zabezpieczonych na wykonanie umowy (wniosek/notatka z 27 marca 2020 r.), rezerwując oddzielne kwoty na opłacenie usługi żywienia przez 12 miesięcy i adaptację pomieszczeń byłej pralni. Dodatkowo, w wyjaśnieniach treści SIWZ wystosowanych na zapytanie (...) S.A. wskazano wprost, iż realizacja usługi

żywieniowej odbywać będzie się na bazie adaptowanej przez wykonawcę kuchni, bez możliwości dostarczania posiłków z innego obiektu (k. 155).

Ustalenia te dają asumpt do przyjęcia, że w rzeczywistości przedmiotem zamówienia nie było jedynie świadczenie usługi społecznej, ale również wykonanie przez wybranego oferenta robót budowlanych na oddanej w dzierżawę powierzchni szpitala.

Warto dodać, że stosownie do art. 2 pkt 8 Pzp, pod pojęciem robót budowlanych rozumieć należy wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Z załącznika do rozporządzenia Ministra (...) w sprawie wykazu robót budowlanych z 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1125), wydanego na podstawie delegacji z art. 2c Pzp, wynika z kolei, iż robotami budowlanymi są m.in. prace objęte kodami (...), (...), (...), (...), które niewątpliwie należało wykonać celem przystosowania pomieszczenia po byłej pralni na cele przygotowywania posiłków. Dość przypomnieć, iż przeznaczony do dzierżawy lokal nie posiadał instalacji elektrycznej, gazowej, mechanicznej, której wykonanie należało do wybranego wykonawcy.

Co także istotne, zasadą rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą miało być zachowanie ulepszeń w przedmiocie dzierżawy wprowadzonych przez dzierżawcę, bez obowiązku zapłaty równowartości (§ 8 pkt 3). Jedynie w przypadku rozwiązania umowy przez zamawiającego z przyczyn niezależnych od wykonawcy, wykonawca mógł wystąpić o rekompensatę niezamortyzowanych kosztów adaptacji (§ 8 pkt 4). W tak skonstruowanym kontrakcie możliwość odzyskania kosztów remontu przez wykonawcę wydaje się iluzoryczna.

Sąd Okręgowy zauważa, że w sytuacji zamawiającego zastosowanie mógłby znaleźć przepis art. 5d Pzp, odnoszący się do sposobu udzielania zamówień mieszanych. W przeciwieństwie jednak do regulacji art. 5c Pzp dotyczącego stanu, w którym zamówienia składające się na zamówienie mieszane podlegają różnym regulacjom (np. jednocześnie przepisom właściwym dla zamówień klasycznych i społecznych) lub częściowo podlegają i nie podlegają przepisom ustawy oraz są podzielne, dyspozycją omawianego przepisu objęte są przypadki zamówień mieszanych, obejmujących różne lub te same rodzaje zamówień (tj. dostaw, usług, robót budowlanych). W takim jednak przypadku, podjęcie decyzji o udzieleniu jednego zamówienia skutkuje obowiązkiem zastosowania reguł ogólnych dla całego zamówienia mieszanego (art. 5d ust. 2 pkt 1 Pzp). Tym samym nawet jeśli większa część zamówienia będzie stanowiła usługę społeczną, a jedynie dodatkowe usługi będą podlegały regułom ogólnym, przepisami właściwymi dla udzielenia zamówienia będą przepisy ogólne Pzp (por. J. Jarnicka, w: M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 5d, teza B.7, Legalis).

Wszystkie to okoliczności oceniane łącznie wskazują, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...)(...) nie mogą mieć zastosowania przepisy art. 138o, zaś niezachowanie ogólnych wymogów Pzp, czyni je wadliwym.

**2.** Stosownie do art. 180 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jak stanowi z kolei art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi do sądu, art. 192-195 Pzp stosuje się odpowiednio (art. 198f ust. 2 Pzp).

Zważywszy na uchybienie opisane szczegółowo w punkcie III.1 rozważań i uwzględniając związanie pozostałymi zarzutami zawartymi w odwołaniu od postanowienia KIO z 14 maja 2020 r. w sprawie KIO 924/20 (art. 198f ust. 4 Pzp), za zasadne i mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia uznano:

a). zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 5b ust. 1, art. 5c ust. 1 i 2, art. 2 pkt 13 PZP. Jak już wcześniej wskazano, opis przedmiotu zamówienia nie był adekwatny do jego rzeczywistego obszaru, gdyż wbrew zapisom SIWZ dotyczył nie

tylko usługi społecznej w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów (...), ale również wykonania robót budowlanych w pomieszczeniu po byłej pralni. Między obydwooma obowiązkami wykonawcy istniał taki związek, że podmiot ubiegający się o świadczenie usługi żywienia zbiorowego zobowiązany był do wykonania robót budowlanych bez oddzielnego wynagrodzenia, jednakże w cenie (jedynym kryterium wyboru oferty), koszt ich musiał uwzględnić.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku KIO z 11 lipca 2018 r. (KIO 1292/18), opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji SIWZ, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania, jak i rozmiar uzależnione są od niezależnych od wykonawcy zdarzeń. Zamawiający nie dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przerzuca na wykonawcę ciężar na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres usług – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny. Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte – niegwarantujące koniecznego współdziałania, niedookreślone, niespójne – naruszają art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – działają w sposób antykonkurencyjny – zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślenie przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu.

Podzielając cytowany pogląd i odnosząc go do realiów ocenianego zamówienia, za niejasne, nieprecyzyjne i omijające zakaz z art. 5b ust. 1 Pzp uznano zapisy SIWZ ograniczające opis przedmiotu zamówienia do świadczenia usług żywieniowych, podczas gdy w rzeczywistości na wykonawców nałożono obowiązek wykonania robót budowlanych w pomieszczeniu zamawiającego, których przeprowadzenie stanowiło warunek sine qua non zawarcia umowy. Co równie istotne, wysoce nieprecyzyjny sposób opisu w zakresie adaptacji przyszłej kuchni (z odpowiedzi zamawiającego wynikało, że koncepcja zagospodarowania, choć konieczna jako załącznik do oferty, nie będzie podlegać ocenie – k. 154 v.), uniemożliwił złożenie oferty uwzględniającej wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na jej sporządzenie, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.

Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia mógł mieć również wpływ na wynik zamówienia poprzez nieuwzględnienie oddzielnego wynagrodzenia za wykonanie robót adaptacyjnych, co nakładało na potencjalnych wykonawców obowiązek skalkulowania ceny nieadekwatnej do rzeczywiście poniesionych kosztów związanych z zapewnieniem usługi żywienia.

b). zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 a oraz art. 7 ust. 1 Pzp okazał się zasadny o tyle, że zgodnie z pierwszym z powołanych przepisów, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Tymczasem z punkt V SIWZ wynikało, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy niepodlegający wykluczeniu i spełniający warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Spełnia je wykonawca, jeżeli wykaże m.in., iż w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert dokona adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala.

Sąd Okręgowy uznaje powyższy warunek za niemożliwy do spełnienia, albowiem jakakolwiek jego wykładnia pozwala do uznania go za nadmierny i w nieuzasadniony sposób eliminujący z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Trudno bowiem przyjąć, by zamówienia nie mogły podjąć się podmioty, które w ostatnich 3 latach przed złożeniem oferty wykonały skomplikowane inwestycje budowlane, a nie wykonały adaptacji pralni na kuchnię. Gdyby zaś przyjąć, że wykonawca ma dopiero wykonać takie roboty, to w sposób nieprzejrzysty określono warunki ich wykonania (skoro koncepcja nie podlegała ocenie).

c). uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 11 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 Pzp jest konsekwencją uznania, że zamówienie publiczne nie dotyczyło wyłącznie usług społecznych, przekraczało kwotę 30.000 euro, a zatem ogłoszenie o nim podlegało publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Należy podkreślić, że Sąd Okręgowy nie podziela tej części zarzutów skarżących, które odnoszą się do rzekomej znacznej przewagi wartości robót budowlanych nad wartością rocznych usług gastronomicznych. Są to twierdzenia całkowicie gołosłowne, nawet nieuprawdopodobnione dołączonym do akt sprawy dowodami.

**3.** W przedmiotowym postępowaniu sądowym nastąpiło, jak wiadomo, łączne rozpoznanie skarg na dwa odrębne postanowienia KIO, dotyczące jednakże jednego zamówienia. Było to o tyle konieczne, że jeszcze przed rozpoznaniem pierwszego odwołania (...) S.A. doszło do odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców, wyboru innej oferty i podpisania umów z (...) Sp. z o.o. w O.. Siłą rzeczy, część zarzutów odwołań i skarg pokrywa się, szczególnie odnośnie niedopuszczalności zastosowania w zamówieniu trybu z art. 138o Pzp, czy nieprawidłowego odrzucenia odwołania przez KIO. W tej części aktualne pozostają rozważania zawarte we wcześniejszej części uzasadnienia, gdyż wadliwe oceny zawarte w postanowieniu w sprawie KIO 924/20, powielono w orzeczeniu wydanym pod sygnaturą KIO 1009/20.

Zważywszy na powyższe i uwzględniając związanie pozostałymi zarzutami zawartymi w odwołaniu od postanowienia KIO z 22 maja 2020 r. (art. 198f ust. 4 Pzp), za zasadne i mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia uznano:

a). zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 2 pkt 7, art. 87 ust. 1 Pzp.

Rzeczywiście trudno jest logicznie uzasadnić, jakie przyczyny legły u podstaw odrzucenia oferty spółek (...), (...)i PPHU (...). Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: **niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ** (por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 87 Pzp, teza B.a.1, Legalis).

Można przyjąć, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Analiza treści oferty konsorcjum wskazuje, że zawarto w niej wzmiankę o woli wykonania zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ, a także oświadczenie o gotowości dokonania adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala. Do oferty dołączono dokument o nazwie „Koncepcja adaptacji pomieszczeń pralni szpitalnej na potrzeby organizacji kuchni przygotowującej posiłki dla pacjentów (...) w O.”, w którym faktycznie poddano w wątpliwość możliwość zakończenia robót budowlanych i uzyskania wszelkich pozwoleń na produkcję dań przed wymaganą przez zamawiającego datą 10 sierpnia 2020 r. Jednakże w wyjaśnieniach treści SIWZ z 28 kwietnia 2020 r. zamawiający na zapytanie „Zamawiający wymaga przedstawienia koncepcji zagospodarowania pomieszczeń

– prosimy o wskazanie dokładnego zakresu co powinno znajdować się w koncepcji załączonej do oferty, tak by wszyscy wykonawcy mogli być równo ocenieni w tym zakresie i nie podlegali odrzuceniu z uwagi na zbyt małą ilość wymaganych informacji lub nieprawidłową koncepcję”, udzielił odpowiedzi „Koncepcja nie podlega ocenie w związku z czym prośba jest bezzasadna”. Nadto w żadnej części SIWZ przeciwnik skarg nie określił żadnych wymogów dotyczących koncepcji, co oznacza, iż jej dołączenie miało charakter jedynie formalny (pkt VI.1 SIWZ).

W tych okolicznościach powołanie się przez zamawiającego na sprzeczność oferty z SIWZ jawi się jako nadużycie, gdyż to nie tyle oferta, lecz zdaniem (...) w O. niezobowiązujący do niej załącznik, miał nie odpowiadać wymogom zamówienia.

Co wyjątkowo ważne, przed odrzuceniem oferty zamawiający zobowiązany jest – w przypadku powzięcia wątpliwości – do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 PZP. Zgodnie z tym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – poza przypadkami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Należy zwrócić uwagę, że redakcja art. 87 ust. 1 Pzp może błędnie wskazywać na to, że zwrócenie się przez zamawiającego z żądaniem wyjaśnienia treści oferty stanowi jedynie uprawnienie zamawiającego, jednak w każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty, uprawnienie to staje się jego obowiązkiem (por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 89 Pzp, teza II.10, Legalis). Podobnie w orzecznictwie przyjęto, że w sytuacji gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ zobowiązany jest przez odrzuceniem oferty wykonawcy zastosować procedurę przewidzianą w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych czy w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (por. wyrok KIO z 10 grudnia 2019 r., KIO 2395/19).

W przedmiotowym zamówieniu bezspornym jest, że zamawiający nie powziął jakichkolwiek czynności w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ograniczając się do arbitralnego odrzucenia oferty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co stanowiło rażące naruszenie wskazanej normy, mające istotny wpływ na wynik zamówienia. Uzasadnienie oświadczenia o odrzuceniu ich oferty ma charakter spekulatywny, nastawiony na uniemożliwienie merytorycznej oceny oferty skarżących. Szczególnie charakter taki przypisać wypada rozważaniom o zaniżeniu wysokości oferty konsorcjum określonej na 2.814.212,16 zł, jeżeli środki zabezpieczone przez zamawiającego wynosiły 2.800.000 zł.

Nie sposób także uznać oferty wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia za posiadającą charakter wariantowy w rozumieniu art. 2 pkt 7 Pzp. Zamawiający rzeczywiście składania takich ofert nie dopuszczał, jednakowoż o ofercie wariantowej można mówić tylko i wyłącznie w sytuacji, gdyby oferta wykonawcy przewidywała, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego (wyrok KIO z 11 lipca 2014 r., KIO 1314/14). Tymczasem jak już wyżej wyjaśniono, oferta skarżących nie tyle akcentowała odmienny sposób wykonania zamówienia, lecz w nie podlegającej ocenie koncepcji, zgłaszali oni uwagi do możliwości przystąpienia do wykonania usługi wyżywienia na warunkach ustalonych przez przeciwnika skargi. Paradoksalnie uzasadnienie odrzucenia oferty przedstawione przez zamawiającego potwierdza zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 5b ust. 1, art. 5c ust. 1 i 2, art. 2 pkt 13 PZP, albowiem kwestia prawidłowego i terminowego przeprowadzenia przez wykonawcę robót budowlanych była dla (...) w O. żywotna w kontekście wykonania całości zamówienia, co przeczy twierdzeniom o ich ubocznym w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia charakterze.

b). zważywszy na nieprawidłowe odrzucenie oferty skarżących nie doszło do etapu wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadniało zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

c). nie sposób odmówić racji skarżącym także w części zarzutów dotyczących naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W punkcie VI.1. SIWZ w sposób jednoznaczny określono wymagania dotyczące pochodzenia i zawartości dokumentów referencyjnych wykazujących wykonanie w czasie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert kompleksowej usługi żywienia. Ze złożonych przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. oświadczeń innych

podmiotów tylko jedno zawierało się w wymaganym przez zamawiającego przedziale czasowym. Abstrahując od faktu, iż prezesem zarządu składającej referencje osoby prawnej oraz spółki (...) jest ta sama osoba, oświadczenie nie zawierało wymaganej przez zamawiającego wzmianki o należywym wykonywaniu usługi. W takim przypadku przed wyborem oferty, zamawiający zobowiązany był do skorzystania z instrumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż na dzień rozstrzygnięcia zamówienia wykonawca mógł nie spełniać wymogów określonych przez zamawiającego w punkcie VI.1 SIWZ.

#### ***IV. Konieczność uwzględnienia odwołania i przyczyny wydania orzeczenia odstępującego od unieważnienia umowy i nakładającego karę alternatywną.***

Z niespornego stanu faktycznego sprawy wynika, że w dniu 6 maja 2020 r., tj. jeszcze przed rozpoznaniem odwołań przez KIO, zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą (...) Spółką z o.o. w O.. Już z tego powodu Sąd Okręgowy nie był uprawniony do wydania wyroku nakazującego wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazującego unieważnienie czynności zamawiającego (art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 198f pkt 2 Pzp), czego domagał się (...) S.A. w odwołaniu z 29 kwietnia 2020 r. Mając na uwadze treść art. 192 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 198f pkt 2 Pzp, jak również żądanie skarg, zmodyfikowane wskutek zmiany okoliczności faktycznych niezależnych od skarżących, możliwe rozstrzygnięcia co do już zawartej umowy, przy zaistnieniu jednej z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1, obejmowały:

a) unieważnienie umowy; albo

b) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenia kary finansowej w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożenie kary finansowej albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Nadto, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie (co w niniejszej sprawie nie miało miejsca) możliwe jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy.

Stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający m.in. nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

Jak stanowi art. 94 ust. 1 Pzp, zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie:

1) nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej "orzeczeniem".

W ocenie Sądu Okręgowego, omówione wcześniej naruszenia Pzp nie tylko miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ale część z nich miała charakter kwalifikowany, prowadzący co do zasady do unieważnienia umowy.

Po pierwsze, podważenie założenia o dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie art. 138o Pzp jako dotyczącego usług społecznych o wartości podprogowej, nakładało na zamawiającego obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz przekazania go Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 11 ust. 1 Pzp), czego niespornie zaniechano.

Po drugie, przepisy art. 94 ust. 1 oraz art. 183 ust. 1 Pzp zawierają zakaz zawarcia umowy we wskazanych w nich okresach zawieszenia (tzw. standstill), przewidzianych na wniesienie odwołania od wyniku postępowania. Okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy służy zapewnieniu realnej ochrony wykonawcom i możliwości korzystania przez nich ze środków ochrony prawnej. Tymczasem zamawiający zawarł umowę z wybranym wykonawcą z naruszeniem powołanych przepisów, bezpodstawnie przyjmując, iż ograniczenia nałożone ustawą przy zamówieniach innych niż społeczne, go nie dotyczą.

W tych warunkach zaktualizowały się co do zasady przesłanki unieważnienia umowy z dnia 6 maja 2020 r., względnie unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenia kary finansowej, o co wnosili skarżący.

Przypomnieć jednak wypada, że jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1, możliwe jest albo nałożenie kary finansowej albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 192 ust. 3 pkt 2c Pzp). Ważnego interesu publicznego w rozumieniu ust. 3 pkt 2 lit. c nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z: opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje (art. 192 ust. 5 Pzp). Orzekając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2, uwzględniając należyte wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy (art. 192 ust.4 Pzp).

Cytowane przepisy krajowe stanowią implementację dyrektywy 2007/66/WE, której przepis art. 2d ust. 1-3 brzmi:

1. Państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego w następujących przypadkach:

a)	jeżeli instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co nie było dopuszczone zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE;
b)	w przypadku naruszenia art. 1 ust. 5, art. 2 ust. 3 lub art. 2a ust. 2 niniejszej dyrektywy, jeżeli naruszenie to pozbawiło wnoszącego odwołanie oferenta możliwości skorzystania z środków odwoławczych przed zawarciem umowy, kiedy takie naruszenie jest połączone z

	naruszeniem dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli naruszenie to wpłynęło na szanse wnoszącego odwołanie oferenta na otrzymanie zamówienia;
c)	w przypadkach, o których mowa w art. 2b lit. c) akapit drugi niniejszej dyrektywy, jeżeli państwa członkowskie powołały się na odstępstwo od okresu zawieszenia typu standstill dla zamówień opartych na umowie ramowej i dynamicznym systemie zakupów.

## 2. Konsekwencje wynikające z uznania umowy za nieskuteczną przewidziane są przez prawo krajowe.

Prawo krajowe może przewidywać wsteczne anulowanie wszystkich zobowiązań umownych lub ograniczyć zakres anulowania do tych zobowiązań, które należy jeszcze wykonać. W tym drugim przypadku państwa członkowskie przewidują zastosowanie innych sankcji w rozumieniu art. 2e ust. 2.

3. Państwa członkowskie mogą postanowić, że organ odwoławczy niezależny od podmiotu zamawiającego może nie uznać umowy za nieskuteczną, chociaż zamówienie zostało udzielone bezprawnie z przyczyn wymienionych w ust. 1, jeżeli organ odwoławczy stwierdzi, po rozpatrzeniu wszystkich istotnych aspektów, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają zachowania skutków umowy w mocy. W tym przypadku państwa członkowskie przewidują inne kary w rozumieniu art. 2e ust. 2, które będą stosowane zamiennie.

Interes gospodarczy w utrzymaniu skuteczności umowy może zostać uznany za nadrzędne przyczyny jedynie wtedy, gdy w wyjątkowych okolicznościach jej nieskuteczność miałaby niewspółmierne konsekwencje.

Nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym nie stanowi jednak interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem. Do interesów gospodarczych związanych bezpośrednio z zamówieniem należą, między innymi, koszty wynikające z opóźnienia w wykonaniu zamówienia, koszty wynikające z uruchomienia nowej procedury udzielania zamówień, koszty wynikające ze zmiany wykonawcy zamówienia oraz koszty zobowiązań prawnych wynikających z nieskuteczności.

Zarówno przepisy prawa krajowego, jak i unijnego pozwalają zatem na utrzymanie umowy podlegającej unieważnieniu w mocy z przyczyn interesu ogólnego (publicznego), przy zobowiązaniu zastosowania innej sankcji, wynikającej z art. 2e dyrektywy odwoławczej w zw. z art. 192 ust. 2 pkt 2 c Pzp.

Do takowej zalicza się m.in. karę finansową o charakterze proporcjonalnym do wagi naruszenia i odstraszącym. Nałożenie takiej kary, choć może stanowić znaczne obciążenie dla budżetu zamawiającego, stanowi swoistą szansę legalizacji rażącego naruszenia Pzp. Pomimo zachowania łamiącego zasady udzielania zamówień publicznych może się bowiem zdarzyć, że ważniejsze okoliczności lub stan wykonania umowy mogą przemawiać za nieunieważnianiem jej w całości lub w części (por. P. Soszyńska-Purtak, Kary alternatywne w przypadku odstąpienia od orzekania o bezskuteczności umowy, LEX; P. Wiśniewski, Kara finansowa ratunkiem dla umowy, Monitor Zamówień Publicznych, 2010/12).

Ustawa Pzp nie zawiera definicji interesu publicznego, pozostawiając doprecyzowanie tego pojęcia praktyce. W orzecznictwie uznawano za zadania użyteczności publicznej zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym między innymi: zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych itp. (uzasadnienie uchwały TK z 12 marca 1997 r., W 8/96). Z kolei w uzasadnieniu wyroku TK z 9 listopada 2010 r. (K 13/07) wskazano, że „interes publiczny” jest pojęciem

niedookreślonym, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych. Obrazowo mówiąc, ustawodawca przez pojęcie niedookreślone przerzuca pomost decyzyjny dla sędziego lub urzędnika do szeroko rozumianego otoczenia normatywnego w imię elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw. Tak zarysowana istota funkcji pojęcia niedookreślonego w stosowaniu prawa nie przekreśla możliwości jego treściowej analizy, a zwłaszcza wprowadzenia kryteriów porządkujących i systematyzujących elementy struktury znaczeniowej tego pojęcia, a także zarysowania elementarnych warunków właściwego rozumienia „interesu publicznego”. Jeżeli przyjmujemy, że typowa regulacja prawna, aksjologicznie i prakseologicznie uzasadniona przez ustawodawcę odnosi się do stypizowanych sytuacji jednostkowych, których integralnym elementem jest „interes jednostkowy” (oczywiście w rzeczywistości bardzo zróżnicowany, np. interes osoby fizycznej, każdego, rodziny, grupy społecznej, gminy, interes wyrażany w kategoriach przedmiotowych - środowiska, kultury narodowej, dziedzictwa), to „interes publiczny” nie tylko wykracza poza wymiar jednostkowy, lecz w swoisty sposób dopełnia go, nadając właściwy kierunek słusznego i prawidłowego rozstrzygnięcia.

Interes publiczny na gruncie zamówień publicznych powinien być postrzegany jako cel, dla którego zaspokojenia miało być realizowane zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne (wyrok KIO z 29 marca 2011 r., KIO 601/11). Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok KIO z 8 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 262/08).

Zamawiający jest samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej prowadzącym działalność leczniczą polegającą na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Stosownie do art. 5 pkt 38 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 1398 ze zm.), przez użyte w ustawie pojęcie świadczenia towarzyszącego rozumie się - zakwaterowanie i adekwatne do stanu zdrowia wyżywienie w szpitalu lub w innym zakładzie leczniczym podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, usługi transportu oraz transportu sanitarnego, a także zakwaterowanie poza zakładem leczniczym podmiotu leczniczego, jeżeli konieczność jego zapewnienia wynika z warunków określonych dla danego świadczenia gwarantowanego.

Należy zatem przyjąć, że wyżywienie chorych w szpitalach mieści się w zakresie pojęcia świadczenia opieki zdrowotnej wykonywanego w podmiotach leczniczych, udzielających świadczeń w trybie stacjonarnym i całodobowym. Tym samym, podmiot leczniczy udzielający świadczeń zdrowotnych zobowiązany jest, w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia, zapewnić pacjentom wyżywienie adekwatne do stanu zdrowia.

Z tej przyczyny zapewnienie wyżywienia pacjentom, jako część świadczenia leczniczego, może być uznana za wykonywane w interesie publicznym. Bezspornie od 10 sierpnia 2020 r. wykonawca (...) Sp. z o.o. dostarcza posiłki pacjentom szpitala, zaś od 1 września 2020 r. czyni to na bazie wyremontowanej przez siebie kuchni. Umowa wykonywana jest w okresie wzmożonego natężenia pandemii COVID-19, której ciężar zwalczania spoczywa w pierwszej kolejności na szeroko pojętej służbie zdrowia, a zatem i (...) w O.. Zamawiający ze względu na swoje usytuowanie w regionie i znaczenie prowadzonej działalności dla społeczności nie tylko lokalnej, w aktualnym stanie zagrożenia epidemicznego powinien mieć zapewnioną możliwość niezakłóconego kontynuowania funkcji leczenia szpitalnego. O ile w normalnym toku rzeczy nie byłoby podstaw do zastosowania kary alternatywnej w miejsce unieważnienia umowy, to trudno w sytuacji skrajnego obciążenia szpitala nakładać nań kolejne obowiązki związane z rozpisaniem nowego zamówienia i terminowania kontraktu z (...) Sp. z o.o. choćby w części. Niezakłócone świadczenie opieki leczniczej stanowi zdaniem Sądu Okręgowego wystarczającą przesłankę uznania, iż zachodzi ważny interes publiczny, uniemożliwiający zastosowania idącej sankcji z art. 192 ust. 3 pkt 2 a i b Pzp. Nałożenie kary finansowej jest więc reakcją na nietypową sytuację faktyczną niosącą doniosłe skutki społeczne i niemieszczącą się w ramach oceny sytuacji standardowych.

Na marginesie godzi się podkreślić, że unieważnienie umowy bądź orzeczenie o skróceniu okresu jej obowiązywania w konkretnych okolicznościach sprawy nie doprowadziłoby do przywrócenia stanu sprzed jej zawarcia. Jeden z

zasadniczych zarzutów skarg dotyczył wszak niedozwolonego połączenia w jednym postępowaniu zamówień takiemu zabiegowi niepodlegających. Jak wskazano we wcześniejszej części rozważań, zamawiającemu uprawnienie takie co do zasady przysługiwało (art. 5d Pzp), jednak nie poprzez ukrycie pod pozorem zamówienia na usługi społeczne zapotrzebowania na roboty budowlane. Na chwilę orzekania przez Sąd Okręgowy stan faktyczny sprawy jest taki, że zamówienie na roboty budowlane zostało w całości przez innego wykonawcę zrealizowane i niemożliwym byłoby ponowne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w kształcie interesującym zamawiającego.

Zgodnie z art. 193 Pzp, kary finansowe, o których mowa w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c Pzp, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, za które kara jest orzekana. Jak stanowi z kolei art. 194 Pzp, izba, stwierdzając naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 i 2 albo art. 183 ust. 1, które nie było połączone z naruszeniem innego przepisu ustawy, nakłada na zamawiającego karę finansową w wysokości do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia.

Porównanie cytowanych przepisów wskazuje, że w rozpatrywanych sprawach najniższa kara nakładana na zamawiającego wynieść mogła 5% wynagrodzenia wykonawcy (...) Sp. z o.o., tj. 168.440,04 zł. Mając na względzie wagę naruszenia pozostałych przepisów ustawy Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż kara ta powinna wynieść 7 % wynagrodzenia wybranego wykonawcy, tj. 235.816,06 zł. W tych warunkach orzeczono jak w punkcie I.1 wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 2, art. 192 ust. 3 pkt c i art. 193 Pzp.

W pozostałym zakresie skargi oddalono w oparciu o art. 385 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 2 Pzp (pkt I.2 wyroku).

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono w punkcie I.3 na podstawie art. 198f ust. 5 Pzp w zw. z art. 100 zd. 2 k.p.c., albowiem co do zasady skargi podlegały uwzględnieniu. Zważywszy na fakt, iż koszty te poniósł jedynie odwołujący (...) S.A., wyłącznie na jego rzecz zasądzono kwotę 15.000 zł tytułem dwóch wpisów od odwołań. Nie obejmują one kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed KIO, gdyż takowych nie poniesiono, co skutkowało zresztą cofnięciem takiego wniosku na rozprawie apelacyjnej (k. 245 v.).

W punkcie II wyroku zasądzono od zamawiającego na rzecz (...) S.A. z siedzibą w Ł. kwotę 78.617 zł w oparciu o art. 198f ust. 5 Pzp w zw. z art. 100 zd. 2 k.p.c. Na kwotę tę składa się 75.000 zł tytułem dwóch opłat od skarg w wysokości 37.500 zł każda, 17 zł opłaty od pełnomocnictwa oraz koszty zastępstwa prawnego w wysokości 3.600 zł w sprawie wywołanej skargą od orzeczenia KIO z 14 maja 2020 r. Podobnie jak w przypadku odwołań, obie opłaty uiszczył tylko ten skarżący.

O kosztach zastępstwa prawnego w sprawie ze skargi na postanowienie KIO z 22 maja 2020 r. rozstrzygnięto na podstawie art. 198f ust. 5 Pzp w zw. z art. 100 zd. 2 i art. 109 § 2 k.p.c. Skoro skarżących reprezentowała ta sama radczyni prawna, zaś zarzuty ich były wspólne, kwotę 3.600 zł zasądzono w częściach po 1.200 zł na rzecz każdego z nich, powiększając je o 17 zł opłat od pełnomocnictw.

Mirosław Wieczorkiewicz Jacek Barczewski Agnieszka Żegarska