

**WYROK**  
z dnia 3 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz**  
**Protokolantka: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2023 r. przez **wykonawcę W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jumar Catering W. O.** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim**

przy udziale:

- wykonawcy **JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 1, 4 i 8 odwołania.

2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 7 odwołania.

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od odwołującego W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jumar Catering W. O. na rzecz zamawiającego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt:KIO 2764/23

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Zespół Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z odpowiednim zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji pn.: „Usługa żywienia pacjentów Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim”, sygn.: 101/260/ZP/23. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00317659/01 z dnia 20 lipca 2023 r.

Dnia 18 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca W. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Jumar Catering W. O. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności i zaniechania Zamawiającego w postaci:

1) Odrzucenia oferty Jumar Catering W. O. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

2) Niepoprawienia w ofercie Jumar Catering W. O. oczywistych omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ewentualnie niewezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

3) Wyboru jako najkorzystniejszej oferty JOL-MARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, ul. Po 16, 44-100 Gliwice, NIP: 5532532013 bez wykonania wszystkich czynności przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, a unormowanych w art. 7 pkt 17 i 18 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp.

4) Zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (ewentualnie braku wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty), w sytuacji, gdy JOL-MARK Sp. z o.o. wskazała odległość 46,5 km o miejsca przygotowania posiłków do miejsca ich dostarczenia, bez wskazania oddziału tejże odległości a z KRS wynika, że Przystępujący ma siedzibę (ok 537 km od siedziby Zamawiającego) Kapitałne znaczenie ma fakt, że jednym z kryteriów oceny ofert była odległość od miejsca przygotowywania posiłków do miejsca ich dostarczenia.

5) Nieudostępnienia protokołu postępowania, na wniosek Odwołującego datowany na 08 września 2023 r. (mając baczenie na terminy przewidziane ustawą Pzp zaniechanie to biorąc pod uwagę fakt, że 08 września przypadał na piątek, to pierwszy możliwy kolejny dzień roboczy to poniedziałek 11 września 2023 r.)

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców wskutek wyboru oferty JOL-MARK Sp. z o.o. bez wezwania do złożenia PŚD wymaganych w

postępowaniu,

2) przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty JOL-MARK Sp. z o.o. w sposób naruszający dyspozycję tej normy,

3) przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dążenie do udzielenia zamówienia (temu służy wybór najkorzystniejszej oferty) Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,

4) przepisu art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie protokołu postępowania, pomimo złożenia wniosku przez Odwołującego,

5) przepisu art. 112 ust. 1 w zw. z art. 114 ust. 1 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego bez potwierdzenia że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ),

6) przepisu art. 223 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania JOLMARK Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści ofert w związku z pozacenowym kryterium oceny ofert dot. odległości od miejsca przygotowywania posiłków do miejsca ich dostarczenia, w sytuacji, gdy Przystępujący ma siedzibę w Gliwicach – ok. 537 km od Zamawiającego.

7) przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej oferty Jumar Catering W. O.

8) przepisu art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego, którego oferta została w toku badania ofert najwyższej oceniona, do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych (PSD), których wymagano w niniejszym postępowaniu, ewentualnie jeżeli Zamawiający wprowadził Odwołującego w błąd udzielając informacji, że po terminie składania ofert nie prowadził żadnej korespondencji z Przystępującym, a ten ostatni złożył samodzielnie PSD wraz z ofertą – naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do potwierdzenia aktualności złożonych PSD

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz stosownie do treści art. 554 ust. 3 pkt 1, art. 574 i art. 576 ustawy Pzp:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej Oferty, złożonej przez JOL-MARK Sp. z o.o., ul. Portowa 16, 44-100 Gliwice.

2) nakazanie Zamawiającemu poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Jumar Catering W. O.

3) nakazać ponowne zbadanie i ocenę ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

4) nakazanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania na zasadach określonych w art. 74 ustawy Pzp.

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym zwrot kosztów wpisu, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz ewentualnie innych niezbędnych kosztów, zgodnie z dokumentem finansowym złożonym na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Stosownie do zestawienia ofert objętego informacją z otwarcia ofert, oferta Odwołującego zajęła pierwotnie pierwszą pozycję w rankingu ofert ustalonym na podstawie kryteriów oceny ofert. W przypadku uwzględnienia odwołania, Oferta Jumar Catering W. O. będzie najwyższą w rankingu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia jest zdaniem Odwołującego jednoznaczny z uwagi na fakt, iż gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza (co pierwotnie miało miejsce). W razie sanacji zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że doznaje szkody w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne oraz utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo wskazał, że ponosi on stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w Postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający zamieścił Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 13 września 2023 r. Na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni od dnia zamieszczenia informacji o której mowa w art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 18 września 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że zasadnym jednak wydaje się twierdzenie, że pomimo niedopatrzeń oczywistej omyłki rachunkowej odnoszącej się do błędnie wpisanych cen jednostkowych, Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego. W piśmie datowanym na 06 września 2023 r., będącym odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący w sposób w jego ocenie transparentny wyjaśnił z jakiego powodu (kopiowanie wartości z programu MS Excel) doszło do omyłkowego wskazania nieprawidłowych cen jednostkowych za poszczególne posiłki wymagane do określenia w Formularzu Ofertowym. W tej samej korespondencji Odwołujący wskazał, że wykonując działanie arytmetyczne od wartości sumarycznych brutto, poprzez odjęcie wartości sumarycznych podatku od towarów i usług otrzymamy prawidłową wartość sumaryczną netto, a tą z kolei jak podzielimy przez ilość posiłków to otrzymamy prawidłowe ceny jednostkowe netto (te należało poprawić). Odwołujący wskazał, że zgodnie z powszechnie obowiązującym orzecznictwem oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji. Kolejnym zarzutem podniesionym przez Odwołującego jest brak wezwania Przystępującego do złożenia PSD wymaganych w przedmiotowym postępowaniu. Niewyobrażalną w ocenie Odwołującego jest sytuacja, w której Wykonawca potwierdza że posiada stosowne uprawnienia do wykonywania określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, czy że posiada zdolność techniczną i zawodową, i nie składa żadnych dokumentów na potwierdzenie tegoż stanu rzeczy.

W ocenie Odwołującego kardynalnym błędem Zamawiającego jest brak weryfikacji oferty Przystępującego pod kątem oceny pozacenowego kryterium oceny ofert jakim była odległość

od miejsca przygotowywania posiłków do miejsca ich dostarczenia. Odwołujący stawia w wątpliwość, na jakiej to podstawie Zamawiający przyznał Przystępującemu maksymalną liczbę punktów w tym kryterium (40), skoro Przystępujący ma siedzibę w Gliwicach (czyli ok. 537 km od siedziby Zamawiającego). Odwołujący wskazał, że w żadnym miejscu oferty Przystępujący nie wskazał, że ma swój oddział czy siedzibę w odległości 46,5 km (jak zadeklarował) od miejsca przygotowywania posiłków do miejsca ich dostarczenia.

Wynikiem działań i zaniechań Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego niewątpliwie naruszenie generalnych zasad opisanych w ustawie Prawo zamówień publicznych czyli tych zawartych w dyspozycji art. 16 ustawy Pzp tj. brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (jednego Wykonawcę wzywa się do uzupełnienia PSD innego już nie), oraz delikatnie rzecz ujmując brak przejrzystości polegającej na niejasnych czynnościach oceny ofert.

Zamawiający w dniu 22 września 2023 r. złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględni odwołanie wniesione w dniu 18 września 2023 r. przez Odwołującego, w części:

1. Nieuostępnienia protokołu postępowania, na wniosek Odwołującego datowany na 08 września 2023 r. (mając baczenie na terminy przewidziane ustawą Pzp zaniechanie to biorąc pod uwagę fakt, że 08 września przypadał na piątek, to pierwszy możliwy kolejny dzień roboczy to poniedziałek 11 września 2023 r.),

2. Niewezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Przystępującego

W dniu 29 września 2023 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów z pkt 7;

2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie (nieuwzględnionym przez Zamawiającego);

3) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego

Zamawiający w złożonej odpowiedzi podniósł, że Odwołujący na skutek czynności poprawienia omyłki rachunkowej dokonanej w dniu 31 sierpnia 2023 r., w żaden sposób nie zakwestionował tej czynności. Zrobił to dopiero na skutek wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie dokonał czynności wyjaśnienia ceny, o którą Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 01 września 2023 r. Tym samym w oparciu o wskazane wyżej okoliczności faktyczne, oferta Odwołującego w ocenie Zamawiającego podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający wskazał, że podniesione przez Odwołującego zarzuty są nie umotywowane żadnymi okolicznościami faktycznymi. Zamawiający podkreślił, że w treści dokumentacji zamówienia w żaden sposób nie określił sposobu weryfikacji czy podana odległość jest faktyczna. Nikt z potencjalnych wykonawców na etapie postępowania, nie wniósł o zmianę tych zapisów. Czynność tą Zamawiający opierał na oświadczeniach wykonawców składających ofertę. Zamawiający wskazał, że Przystępujący jest u niego dotychczasowym wykonawcą usługi żywienia, stąd zamawiający nie musiał w żaden sposób potwierdzać tej odległości albowiem wie, że ten Przystępujący posiada własną kuchnię w Biskupcu, przy ul. Armii Krajowej 8, co potwierdził w złożonym wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z wnioskiem Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 7 tj. naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej oferty Odwołującego Izba stwierdziła, że zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 7 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że omyłka rachunkowa w ofercie Odwołującego została poprawiona przez Zamawiającego w dniu 31 sierpnia 2023 r. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował tej czynności. Zrobił to dopiero w dniu 6 września 2023 r. na skutek skierowanego do niego przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tym samym podniesienie ww. zarzutu dopiero w odwołaniu (z dnia 18 września 2023 r.) jest już działaniem spóźnionym, co oznacza, że zarzut ten – w myśl art. 528 pkt 3 ustawy Pzp – nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Powyższego nie zmienia fakt skierowania przez Odwołującego do Zamawiającego pisma z dnia 6 września 2023 r. Odwołujący powinien bowiem, jeśli nie zgadzam się z czynnością dokonania poprawienia omyłki rachunkowej przez Zamawiającego, jeżeli uważał, że została ona dokonana nieprawidłowo, wnieść wówczas odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, niezależnie od korespondencji prowadzonej z Zamawiającym.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołania wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania jego oferta uplasuje się na pozycji pierwszej w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił następujący wykonawca: JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 września 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, tj.:

a. nie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania;

b. nie wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Podczas posiedzenia Izby Zamawiający przy braku sprzeciwu ze strony Przystępującego oraz z potwierdzeniem tego stanowiska przez Odwołującego oświadczył, że uwzględnienie przez niego odwołania dotyczy zarzutów nr 1, 4 i 8. Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp Izba orzekła w zakresie zarzutów nr 1, 4 i 8 jak w sentencji.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, pisma Zamawiającego z dnia 22 września 2023 r. zawierającego oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz pisma procesowego złożonego przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w pozostałym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Otwarcie ofert w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nastąpiło w dniu 18 sierpnia 2023 r. Tego samego dnia Zamawiający, stosownie do dyspozycji art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wystąpił do Odwołującego, o złożenie podmiotowych środków dowodowych wymaganych w tym postępowaniu. Odwołujący złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe w dniu 23 sierpnia 2023 r. W dniu 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp zawiadomił Wykonawców o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zaś na stronie prowadzonego

postępowania zamieścić informację, o której mowa w art. 253 ust. 2 ustawy Pzp. W dniu 31 sierpnia 2023 r., zgodnie z art. 524 ustawy Pzp Zamawiający powiadomił Odwołującego o wniesieniu odwołania przez Przystępującego. Tego samego dnia Zamawiający unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powiadomił zgodnie z sugestią zawartą w odwołaniu, że poprawia oczywiste omyłki rachunkowe w ofercie Odwołującego. W dniu 01 września 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp powiadomił Odwołującego o uwzględnieniu w całości odwołania wniesionego przez Przystępującego. Tego samego dnia Zamawiający wystąpił do Odwołującego z dwoma wezwaniami:

1) W trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp o wyjaśnienie, że cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska

2) W trybie art. 128 ust. 4 uPzp o wyjaśnienie treści referencji złożonych przez Odwołującego w obu wezwaniach z terminem na złożenie wyjaśnień, PSD, dowodów do 06 września 2023 r.

W dniu 05 września 2023 r. Odwołujący przedłożył stosowne podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (referencje). W dniu 06 września 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazujące, że w przypadku jego oferty nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną lecz z oczywistą omyłką pisarską jednocześnie wskazując że licząc od prawidłowo wskazanych wartości sumarycznych, poprzez prawidłowo wskazane wartości sumaryczne podatku od towarów i usług oraz wartości sumaryczne netto dzieląc przez ilości zapotrzebowanych posiłków otrzymamy ceny jednostkowe netto wymagane w formularzu oferta.

W dniu 08 września 2023 r. Odwołujący zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie oferty Przystępującego oraz protokołu postępowania aktualnego na dzień złożenia niniejszego wniosku oraz wszelkiej korespondencji jaka była prowadzona pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym. W dniu 13 września 2023 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, kwestionując prawidłowość działań podjętych przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zarzuty przez nią rozpoznawane oznaczone nr 2, 3, 5 i 6 dotyczą zaniechania wezwania przez Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w związku z pozacenowym kryterium oceny ofert dotyczącym odległości od miejsca przygotowywania posiłków do miejsca ich dostarczenia, w sytuacji gdy siedziba Przystępującego znajduje się w Gliwicach, a co za tym idzie nie potwierdzenia spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ w konsekwencji czego zdaniem Zamawiającego dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej z naruszeniem dyspozycji art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego zaprezentowanego zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie. Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 2 SWZ:

„2. Kryterium: odległość od miejsca przygotowywania posiłków do miejsca ich dostarczenia – znaczenie 40 pkt

Liczba punktów jaką można uzyskać w kryterium cena, obliczona zostanie następująco

- odległość do 60 km – 40 pkt.

- odległość od 61 km do 80 km – 20 pkt.

- odległość od 81 -100 km - 0 pkt.

Maksymalna odległość od miejsca przygotowywania posiłków do miejsca ich dostarczenia – 100 km.

Jeżeli wykonawca nie wskaże w formularzu oferty żadnej odległości otrzyma 0 pkt

Wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt w ramach niniejszego kryterium.”

Jak wynika z przywołanego postanowienia SWZ, jak i oświadczenia złożonego przez Zamawiającego na rozprawie Zamawiający nie przewidział przedmiotowego środka dowodowego, mającego potwierdzić spełnienie tego kryterium. Kryterium to jest oceniane jedynie na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawców w formularzu oferty. Jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy po dokonaniu pierwotnego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, również poprzestał on w tym zakresie na oświadczeniu złożonym przez wykonawcę. Co więcej zauważyć należy, że Zamawiający mógłby wrócić się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień, jeżeli miałyby wątpliwości odnośnie prawdziwości złożonego oświadczenia i tego, czy wykonawca ten faktycznie spełnia warunek wynikający z pozacenowego kryterium oceny ofert. Takich wątpliwości jednak Zamawiający nie miał, co w ocenie Izby jest zrozumiałe, biorąc pod uwagę, że podmiotem, który obecnie realizuje usługę na jego rzecz jest Przystępujący. Jak wskazał Zamawiający z uwagi na wygaśnięcie poprzednio obowiązującej umowy, aby zapewnić ciągłość świadczenia usług w zakresie żywienia pacjentów zawarł on dodatkową umowę z Przystępującym, który usługi te do tej pory świadczył. Umowa została zawarta we wrześniu 2023 r. W jej treści wskazano miejsce, w którym są przygotowywane posiłki, w związku z czym można uznać, że Zamawiający miał wiedzę, czy oświadczenie złożone przez Przystępującego jest prawdziwe i nie musiał go weryfikować. Nie można w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym podczas rozprawy, że uprzednio znany Zamawiającemu adres przygotowywania posiłków przez Przystępującego może nie być aktualny.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba wskazuje, że Odwołujący podniósł je wyłącznie wskazując czynności i zaniechania Zamawiającego podlegające zaskarżeniu. Odwołujący nie sformułował w oparciu o ten przepis zarzutu, co więcej w uzasadnieniu również nie została poruszona ta kwestia, wniosek (co prawda nie jest on wiążący dla Izby) również nie zawierał nakazania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Izby Zamawiający, mając na uwadze stan faktyczny sprawy, prawidłowo dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący nie złożył w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 września 2023 r. wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 6 września 2023 r. przedstawił on jedynie swoje stanowisko w kwestii omyłki, która wystąpiła w jego ofercie. Jak jednak wskazano powyżej, Odwołujący powinien był skorzystać wówczas z przysługującego mu środka odwoławczego, aby skutecznie zakwestionować sposób dokonanej poprawy błędu rachunkowego. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien on być złożyć stosowne wyjaśnienia czego nie uczynił, w związku z czym czynność podjęta przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp była prawidłowa.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie w rozpoznawanym przez nią zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatryła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....

