

Sygn. akt: KIO 2559/23

POSTANOWENIE
z dnia 6 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2023 r. przez odwołującego: **JOLMARK Sp. z o.o. z/s w Gliwicach** (ul. Portowa 16G, 44100 Gliwice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zespół Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim** (ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37, 11100 Lidzbark Warmiński),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **JOLMARK Sp. z o.o. z/s w Gliwicach** (ul. Portowa 16G, 44100 Gliwice) kwoty **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczzonego przez odwołującego od odwołania.

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) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 2559/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 30 sierpnia 2023 r. przez odwołującego: **JOLMARK Sp. z o.o. z/s w Gliwicach** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zespół Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Usługę żywienia pacjentów Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim. Numer referencyjny: 101/260/ZP/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 20 lipca 2023 r. 2023/ BZP 00317659.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie: (...) na:

1. zaniechanie czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie obowiązującej ustawy Pzp tj. zaniechanie wezwania Wykonawcy Jumar Catering W.O. (zwany dalej: „Wykonawcą Jumar”) do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także jej istotnych części składowych, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych;
2. zaniechanie czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. zaniechanie dokonania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej, dokonanej przez Wykonawcę Jumar w formularzu ofertowym.
3. zaniechanie czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. zaniechanie wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu usług – według wzoru załącznika nr 9 do SWZ - wraz referencjami podczas gdy referencje przedstawione przez Wykonawcę Jumar utraciły ważność.
4. niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. wybór oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Jumar, pomimo że oferta ta została w nieprawidłowy sposób zbadana, gdyż Wykonawca ten złożył ofertę z omyłką rachunkową, zawierającą rażąco niską cenę oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

I. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. 223 ust. 2 pkt 2) Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej Wykonawcy - Jumar, w sytuacji gdzie złożony przez Wykonawcę Jumar, Formularz Oferty (Załącznik nr 1 SWZ), zawiera oczywistą omyłkę rachunkową tj. w kolumnie „Wartość netto (kol. 7 x 8)” - której skutkiem jest zmiana oferty Wykonawcy Jumar w ten sposób, że jest ona rażąco niska;
2. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Jumar do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także jej istotnych części składowych, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych, w sytuacji gdy:
 - 1) wskazana przez Wykonawcę Jumar, w Formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) cena, po dokonaniu poprawy omyłki rachunkowej jaką popełnił Wykonawca Jumar w w/w formularzu, jest rażąco niska tj. wartość całości wynosi 498 661,80 złotych netto, odpowiednio 538 554,74 złotych brutto;

2) dokonany przez Wykonawcę Jumar w Formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) podział ceny na poszczególne posiłki - jest rażąco niski tj. Wykonawca Jumar dokonał podziału jednostkowej ceny, wskutek którego pozycji „obiad” przypisał cenę jednostkową w wysokości 2,00 złotych netto oraz pozycji „kolacja” przypisał cenę jednostkową w takiej samej wysokości tj. 2,00 złotych netto.

3.art. 128 ust. 1 i 6 zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415) przez zaniechanie wezwania wykonawcy Jumar do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedstawione przez niego referencje, wystawione przez DPS w Olsztynie oraz Maltańskie Centrum Pomocy pw. bł. Gerarda w Fundacji Kawalerów Maltańskich w Warszawie "Pomoc Maltańska" utraciły ważność;

4.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 i art. 359 pkt 2 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Jumar, pomimo że oferta ta została w nieprawidłowy sposób zbadana, gdyż Wykonawca ten złożył ofertę z omyłką rachunkową, zawierającą rażąco niską cenę oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

III. Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przedstawionych poniżej dokumentów:

I. tabela przedstawiająca formularz oferty Wykonawcy Jumar Catering W.O. bez omyłki rachunkowej – w celu wykazania faktów:

A) istnienia omyłki rachunkowej w formularzu ofert złożonego przez Wykonawcę Jumar;

B) istnienia rażąco niskiej ceny zaproponowanej przez Wykonawcę Jumar;

C) zasadności twierdzenia, że Zamawiającego zaniechał poprawy omyłki rachunkowej Wykonawcy Jumar, w sytuacji gdy Zamawiający był do tego obowiązany w niniejszym stanie faktycznym;

D) zasadności twierdzenia, że Zamawiającego zaniechał wezwania Wykonawcy Jumar do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i jej istotnych części, w sytuacji gdy Zamawiający był do tego obowiązany w niniejszym stanie faktycznym.

IV. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

I. w zakresie zarzutów 1, 2, 3 i 4:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. poprawienia omyłki rachunkowej Wykonawcy Jumar, którą wspomniany Wykonawca popełnił w Formularzu oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ;

3. wezwania Wykonawcy Jumar do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także jej istotnych części składowych, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych, w związku z faktem, że zaoferowana cena, a także jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia zaś w razie nieuczynienia zadość wezwaniu - odrzucenia oferty wykonawcy Jumar

4. wezwania Wykonawcy Jumar do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zaś w razie nieuczynienia zadość wezwaniu - odrzucenia oferty wykonawcy Jumar

5. dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej

(...)

V. Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem złożył w postępowaniu ofertę, która w rankingu ofert zajmuje drugie miejsce, bezpośrednio po ofercie wybranej jako najkorzystniejsza, tj. ofercie Wykonawcy Jumar, a zatem w razie uwzględnienia zarzutów niniejszego odwołania i ewentualnego niewykazania przez w/w Wykonawcę braku podstaw do uznania, że cena, a także jej istotne części składowe są rażąco niskie, to oferta Odwołującego będzie podlegała wyborowi jako najkorzystniejsza. (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie uwzględniając podaną przez zamawiającego informację w piśmie z dnia 31/08/23, że: (...) *3.kopia odwołania została przekazana wykonawców w dniu 1.09.2023 r. za pośrednictwem platformy zakupowej (...) - upłynął - w dniu 04/09/23.*

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 01/09/23 wskazując na art. 522 ust.1 ustawy Pzp podał w szczególności, że: (...) *uwzględnił w całości odwołanie wniesione w dniu 31.08.2023 r. przez Wykonawcę JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice. (...) W uzasadnieniu decyzji podał: „W dniu 30.08.2023 r. zostało wniesione odwołanie przez Wykonawcę JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice, na czynności Zamawiającego*

podjętych w postępowaniu. Po przeanalizowaniu treści odwołania, jak również wskazanych w nim okoliczności Zamawiający stwierdził, iż odwołanie powyższe zasługuje na uwzględnienie”.

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie dla wydania rozstrzygnięcia kluczowe znaczenie miało złożone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 1 września br oświadczenie na podstawie wskazanego przepisu o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Także fakt, że do niniejszego postępowania odwoławczego w możliwym dopuszczonym ustawą Pzp terminie nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden z wykonawców.

Zgodnie ze wskazanym art. 522 ust. 1 Pzp: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”*

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....