

Sygn. akt: KIO 2402/21

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 29 września 2021 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2021 r. przez Odwołującego – **M. J.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „AN-MAR” Usługi Transportowe M. J., ul. Wodna 5A, 74-100 Gryfino w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Gremedig Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Częstochowie, ul. Teligi 21, 42-215 Częstochowa, **A. I.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowa „OMEGA” A. I., ul. Grażyny 6, 42-202 Częstochowa przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „AN-MAR” Usługi Transportowe M. J. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu na świadczenie usługi oznaczonej jako „Transport sanitarny pacjentów, transport pacjentów z lekarzem, transport osób dializowanych na i z Oddziału Hemodializ” (nr ref. postępowania DZP/09/2021), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.04.2021 r., nr 2021/S 074-188038, wobec czynności dotyczących pakietu nr 3 polegających na zaniechaniu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy, dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty własnej, wykonawca – M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „AN-MAR” Usługi Transportowe M. J. wniósł w dniu 11 sierpnia 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2402/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6) w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia pomimo, iż wystąpiły przesłanki do jego unieważnienia, tj. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, co utrudniło wykonawcom złożenie ofert, które byłyby porównywalne;
2. art. 226 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż warunki zamówienia określone były nieprecyzyjnie, w sposób niejednoznaczny co uniemożliwiało złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert i działanie Odwołującego zgodnie z zapisami SWZ uniemożliwiało odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum w składzie: Gremeding Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (Lider Konsorcjum), A. I. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowa „OMEGA” A. . (Członek Konsorcjum) jako najkorzystniejszej, pomimo iż postępowanie obarczone było wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie unieważnienia postępowania na pakiet nr 3.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 2 sierpnia 2021 r., dokonując odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał na opis przedmiotu zamówienia (swz, tom III, str. 47 w tabeli) dla pakietu nr 3, gdzie wskazane zostało w opisie ambulansu dwie pozycje: „1 ambulans – przewóz osoby na leżąco (pojazd nie starszy niż z roku 2014), zgodność z normą PN-EN 1789 typ A”; „minimum 3 pojazdy, każdy do przewozu minimum 8 osób siedzących z kierowcą, (pojazdy nie starsze niż z roku 2014) w tym 2 pojazdy przystosowane do przewozu osób niepełnosprawnych”. Natomiast na str. 50 w opisie transportu osób dializowanych: „Środki transportu: Minimum 3 samochody przystosowane do przewozu osób niepełnosprawnych, każdy do przewozu minimum 8 osób siedzących z kierowcą – w tym 2 przystosowane do przewozu osób niepełnosprawnych (na wyposażeniu nosze lub krzeselko) rok produkcji – wyprodukowane w roku 2012 lub młodsze, drzwi boczne przesuwane, środki łączności (telefon komórkowy) oraz 1 ambulans do przewozu osób chorych na leżąco – ambulans typu A zgodny z normą EN 1789 dopuszczamy rok produkcji nie starszy niż 2012”.

Wskazane zapisy swz czyniły opis niejasnym i niejednoznacznym. Zachodzi niespójność w zakresie dopuszczalnego roku produkcji, co ma istotne znaczenie, gdyż zaoferowanie pojazdu starszego mogło stanowić podstawę do odrzucenia oferty. Wykonawcy nie mieli pewności jakie pojazdy zaoferować, co mogło również stanowić podstawę do rezygnacji części podmiotów ze złożenia oferty.

Oferty wybrana i oferta Odwołującego są ze sobą nieporównywalne. Odwołujący wskazał w swojej ofercie 3 pojazdy, w tym jeden ambulans typ A spełniający normę EN 1789 (zgodnie z dyspozycją ze str. 50 swz), zaś Konsorcjum zadeklarowało 4 pojazdy (zgodnie z dyspozycją zawartą na str. 47 swz).

Dokonując pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Odwołującego) Zamawiający nie miał wątpliwości co interpretacji zapisu swz w zakresie wymaganej ilości pojazdów (3 pojazdy). Dopiero na skutek odwołania Konsorcjum z 18.06.2021 r. (sygn. akt KIO 1815/21) takie wątpliwości się pojawiły.

Powtarzając czynność badania i oceny Zamawiający uznał, iż wymagane były 4 pojazdy.

Powyższe wskazywać ma na wystąpienie tego rodzaju wątpliwości, które czyniły opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym, przyczyniły się do błędu wykonawców i złożenia nieporównywalnych ofert, co powinno prowadzić do unieważnienia postępowania.

Na marginesie Odwołujący podtrzymał brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

W odniesieniu do stawki VAT Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie wskazał w swz stawki podatku VAT. Różnice w zakresie stawek w złożonych ofertach nie z błędnego przyjęcia przez Odwołującego, czy Konsorcjum niewłaściwej stawki VAT lecz z uwagi na fakt, że Zamawiający dopuścił realizację usługi poprzez świadczenie usług opodatkowanych dwiema różnymi stawkami podatku VAT (8% i „ZW”).

Jednak podstawą odwołania jest okoliczność, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum w składzie Gremeding Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (Lider Konsorcjum), A. I. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Transportowa „OMEGA” A. I. (Członek Konsorcjum) – zwane dalej Konsorcjum.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 29.09.2021 r., Izba stwierdziła, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołanie wniesione zostało po upływie terminu określonego w ustawie (pkt 3) oraz, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (pkt 5).*

Na podstawie akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 1815/21 Izba ustaliła, iż czynności stanowiące podstawę obecnego odwołania – odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 3 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z powodu zaoferowania do realizacji zamówienia wyłącznie trzech pojazdów, zamiast wymaganych czterech oraz błędów w wyliczeniu ceny, których nie można poprawić (art. 226 ust. 1 pkt 10), a także wyboru oferty Konsorcjum, stanowią o wykonaniu żądań podniesionych w odwołaniu Konsorcjum z 18.06.2021 r., obecnie przystępującego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 28.06.2021 r. uwzględnił w całości odwołanie, tj.:

a) w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP poprzez nieodrzczenie oferty AN-MAR z uwagi na zaoferowanie w Pakiecie nr 3 trzech pojazdów, a nie czterech pojazdów wymaganych jako minimum przez Zamawiającego,

b) w zakresie zrzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP poprzez nieodrzczenie oferty AN-MAR, która zawiera błąd w obliczeniu ceny w postaci nieprawidłowej wartości

podatku VAT i zastosowania zwolnienia z podatku (zw.) mimo, że powinien zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 8%,

c) w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty AN-MAR jako najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu i zaniechaniu prawidłowego badania i oceny złożonych ofert z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym poinformował, iż unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8.06.2021 r. i przystąpi do ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 6.07.2021 r. wykonawca M. J. („AN-MAR” Usługi Transportowe M. J.) został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu – wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego. W terminie przewidzianym w ustawie Pzp nie wpłynęło do Izby oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „AN-MAR” Usługi Transportowe M. J. .

Powyższe prowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, co nastąpiło postanowieniem z 13 lipca 2021 r.

W ocenie Izby obecne odwołanie zawiera zarzut spóźniony w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionuje opis przedmiotu zamówienia wskazując na jego niejednoznaczność, a faktyczna podstawa tego zarzutu została powiązana wprost z okolicznościami, które prowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego i stanowiły podstawę zarzutów odwołania, które Zamawiający w całości uwzględnił (sygn. akt KIO 1815/21).

Odwołanie Konsorcjum z 18.06.2021 r. dotyczyło wprost oferty Odwołującego i zawierało żądanie jej odrzucenia ze wskazaniem podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Ustawy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego (Konsorcjum). Wskazane w uzasadnieniu faktycznym zarzutów kierowanych wobec oferty Odwołującego okoliczności dotyczyły zaoferowania w pakiecie nr 3 trzech pojazdów w miejsce czterech wymaganych przez Zamawiającego oraz przyjęcia do wyliczenia ceny zwolnienia, pomimo konieczności zastosowania stawki podatku VAT 8 % (str. 3 i 4 odwołania).

W świetle uzasadnienia, jakie obecnie podnosi Odwołujący wobec ponownej czynności badania i oceny ofert, Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego, jak i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum), są czynnościami wykonanymi zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 18.06.2021 r., które Zamawiający w całości uwzględnił.

Odwołujący będąc uczestnikiem postępowania odwoławczego miał możliwość wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, do czego został wezwany. Wniesienie sprzeciwu pozwalałoby na rozpoznanie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego zgodnie z art. 523 ust 3 Ustawy. Ponieważ Odwołujący nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu, postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem z 13.07.2021 r., na które nie została wniesiona skarga do sądu okręgowego.

Akcentowany w obecnym odwołaniu zarzut zaniechania unieważnienia postępowania odwoławczego nie mógł prowadzić do uznania, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Po pierwsze kwestionowanie postanowień swz na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi do naruszenia terminu na wniesienie odwołania wobec niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Uznanie natomiast, iż niejednoznaczność opisu stała się wiadoma dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej również nie mogło czynić niniejszego odwołania skutecznym. Prowadziłoby bowiem do obejścia przepisów Ustawy nakazujących odrzucenie odwołania wniesionego na czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W ocenie Izby takie działanie nie zasługuje na ochronę prawną, a żądanie unieważnienia postępowania wynika wyłącznie z braku możliwości prawnej obrony oferty własnej z uwagi na błędy, które doprowadziły do jej odrzucenia. Ponieważ zarzut zaniechania unieważnienia postępowania wynika wyłącznie z okoliczności, które musiały prowadzić do powtórzenia czynności w postępowaniu w tym odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Konsorcjum i nie było innych podstaw rzekomej wady postępowania, która mogłaby ujawnić się w toku czynności badania i oceny ofert, nie zachodziły nowe okoliczności otwierające drogę do kwestionowania wyniku postępowania.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 i 5 Ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie § 5 i § 8 ust. 1 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. poz.2437) Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Przewodniczący: