

Łódź, dnia 23 lutego 2023 roku

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

Zamawiający: Dom Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie
ul. 3 Maja 116, 09-227 Szczutowo
REGON: 611333935 NIP: 7761676088
Tel.: 24 276 74 74
E-mail: dpsszczutowo@wp.pl
Adres strony internetowej Zamawiającego: www.dpsszczutowo.pl

Odwołujący: **1. Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**
ul. Traktorowa 126 lok. 202, 91-204 Łódź
KRS: 0000510896; NIP: 9452179456
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@rekeep.pl
2. JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach
ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice
KRS: 0000654522, NIP: 5532532013
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@rekeep.pl
wspólny adres do doręczeń:
ul. Traktorowa 126 lok. 202, 91-204 Łódź

reprezentowani przez pracownika Ludwika Mospinek
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 roku, poz. 1710 z późn. zm.), pn.: „**Przygotowanie i dystrybucja całodziennego wyżywienia dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej im. Jana Pawła II w Szczutowie**”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2022 roku pod pozycją nr 2022/BZP 00507646, numer referencyjny: DPS.KA.212.1.2022.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołujących – JOL-MARK sp. z o.o. oraz Naprzód Service sp. z o.o., na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 roku, poz. 1710 z późn. zm., dalej: Pzp):

I. wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.: na unieważnienie postępowania.

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 255 pkt 3 Pzp** poprzez przez unieważnienie postępowania podczas gdy, Zamawiający mógł i powinien zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do oferty z najniższą ceną,
2. **art. 260 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. w zw. z art. 255 pkt 3 Pzp w zw. z 8 Pzp w zw. z 6 KC** przez zaniechanie uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu Postępowania, w zakresie przesłanki braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty z najniższą ceną, co uniemożliwiło Odwołującemu poznanie okoliczności faktycznych uzasadniających podjęcie decyzji o unieważnieniu Postępowania w zakresie braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, a pośrednio świadczy również o braku podjęcia działań mających na celu zwiększenie ww. kwoty warunkujących możliwość unieważnienia Postępowania,

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz podjęcia wszelkich czynności w celu pozyskania środków na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i zwiększenie tej kwoty do ceny oferty Odwołującego lub - w przypadku braku możliwości zwiększenia tej kwoty - wskazanie w informacji o unieważnieniu Postępowania uzasadnienia faktycznego w tym zakresie, tak by możliwa była weryfikacja prawidłowości podjętych przez Zamawiającego czynności
2. dokonanie czynności badania i oceny ofert;
3. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

IV. oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę przedmiotowego postępowania, która to oferta zawiera najniższą cenę z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu i w razie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania mogłaby zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

1) Zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Unieważnienie postępowania dopuszczalne jest zatem jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką pierwotnie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp jest prawnie dopuszczalne "jedynie w warunkach wystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie. Pierwsza z nich to sytuacja, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która w rozpoznawanej sprawie zaistniała. Druga zaś to okoliczność uniemożliwiająca Zamawiającemu zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Obowiązek wykazania powyższej przesłanki spoczywa na Zamawiającym." (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 911/16). W tym samym wyroku podkreślono, że Zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i unieważnienia przetargu, skoro ten nie podjął żadnych zabiegów zmierzających do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację spornej części/zadania.

W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, że nie ma żadnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający tym bardziej powinien zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, że cena oferty Odwołujących, jest rynkowa i uwzględnia wszelkie koszty związane z jego realizacją w tym w szczególności: wzrost kosztów zatrudnienia oraz prognozowany wzrost wskaźnika inflacji w 2023 roku.

2) Zarzut naruszenia art. 260 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. w zw. z art. 255 pkt 3 w zw. z 8 Pzp w zw. z 6 Kc.

Zamawiający ma obowiązek podania faktycznego i prawnego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej. Jest ono niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w sposób właściwy. Z kolei uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu Prawa zamówień publicznych. Wiąże się bowiem z obowiązkiem wykazania rzeczywistego wypełnienia przez zaistniałe okoliczności hipotezy danej normy prawnej.

Zamawiający zaniechał uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie przesłanki braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty z najniższą ceną, co uniemożliwiło Odwołującemu poznanie okoliczności faktycznych uzasadniających podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie braku możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, a pośrednio

świadczy również o braku podjęcia działań mających na celu zwiększenie ww. kwoty warunkujących możliwość unieważnienia Postępowania.

Instytucja unieważnienia postępowania ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzą o tym, że obowiązek wykazania, że czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na Zamawiającym. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na Zamawiającym, a fakt ten powinien zostać jednocześnie uzewnętrzniiony wszystkim wykonawcom.

Przyjmując za prawidłowe rozumowanie, że Zamawiający nie ma obowiązku podawania uzasadnienia faktycznego braku swoich możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia prowadziłoby do wniosku, że wykonawcom w tym zakresie nie przysługują środki ochrony prawnej z uwagi na brak informacji faktycznych, które mógłby wykonawca skarżyć, a takiego stanowiska nie można uznać za prawidłowe - ustawodawca nie wskazał żadnej czynności czy też zaniechania Zamawiającego jako niezaskarżalnej, jak również nie określił tych czynności Zamawiającego, które nie wymagają uzasadnienia faktycznego. Tym samym do wszystkich swoich czynności Zamawiający musi stosować te same zasady informacyjne i zobowiązany jest do podania podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego.

Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, **nie wykazał, że nie jest w stanie podwyższyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego oraz że podjął w ogóle działania mające na celu zwiększenie kwoty przeznaczonej na zamówienie do wysokości oferty najkorzystniejszej.** Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zaś podkreślała, iż podjęcie takiej próby jest obowiązkiem zamawiającego w związku z jednoznacznym celem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tytułem przykładu należy wskazać wyrok z dnia 21 lutego 2014 r., KIO 226/14, w którym KIO wskazała, że *zamawiający musi dokonać próby zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia* (podobnie wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1025/15; tak też w wyroku z dnia 27 marca 2015 r., KIO 466/15, zgodnie z którym zamawiający, *podjęjąc decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. musi wykazać, że nie będzie mógł zwiększyć kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny wybranej oferty*). Szczegółowo w tym zakresie należy przytoczyć także wymowne stanowisko KIO w wyroku z 23.10.2017 r. (KIO 2093/17), podjęte na gruncie poprzedniej ustawy Pzp, a które zachowuje aktualność na gruncie obecnej ustawy Pzp.

Izba uznała w w/w orzeczeniu, że **Zamawiający jest obowiązany do wykazania występowania przesłanek unieważnienia, w tym określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp (obecnie art. 255 pkt 3 Pzp), a zatem również do udowodnienia, że nie istnieje obiektywna możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.** Rozstrzygnięcie Izba oparła o analizę treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, wskazując, że jego zastosowanie jest uzależnione od kumulatywnego wystąpienia dwóch przesłanek: cena najkorzystniejszej oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do najkorzystniejszej oferty. Zdaniem KIO, **zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia swobodnej i uznaniowej decyzji co do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia bądź też niedokonania takiej czynności.** W ocenie Izby ponieważ celem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego, zatem czynność jego unieważnienia powinna być podejmowana wyjątkowo, tylko w przypadku wystąpienia przesłanek

przewidzianych w art. 93 ust. 1 Pzp, które dodatkowo powinny być interpretowane w sposób ścisły. Samo zaś wystąpienie przesłanek unieważnienia postępowania nie może budzić wątpliwości i musi zostać szczegółowo zbadane. W związku z powyższym zamawiający, przed zastosowaniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, powinien zbadać, czy istnieje obiektywna przeszkoda uniemożliwiająca zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W przypadku stwierdzenia, że nie występuje taka możliwość, zamawiający podejmuje decyzję o unieważnieniu postępowania. Przy czym, mając na względzie zasady przejrzystości i jawności postępowania, określone w art. 7 ust. 1 oraz w art. 8 ust. 1 p.z.p., oraz wymagania dotyczące podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zawiadomieniu wykonawców o unieważnieniu postępowania, **zamawiający zobowiązany jest w ocenie Izby podać wszystkie informacje, które są niezbędne do ustalenia prawidłowości czynności dokonanej przez zamawiającego. Tym samym KIO stanęła na stanowisku, że zamawiający powinien wykazać za pomocą argumentów i dowodów podjęcie badania i brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty.**

Ponadto, Zamawiający, zawiadamiając wykonawców o unieważnieniu postępowania, zobowiązany jest podać uzasadnienie **faktycznie i prawne (art. 260 Pzp.)**. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15, *samo powołanie jednostki redakcyjnej oraz brzmienie przepisu zawierającego przywołanie przesłanki unieważnienia postępowania jest niewystarczające, gdyż istotne jest, czy przesłanki te zaszły w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy. Zgodnie z wymogami ustawowymi konieczne jest zatem przekazanie wykonawcom zakresu informacji pozwalającego na ocenę legalności działań zamawiającego i ewentualne poddanie ich kontroli przez KIO.*

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.