

Łódź, dnia 26 lipca 2023 roku

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

Zamawiający: Gmina Miejska Lidzbark Warmiński
ul. Aleksandra Świętochowskiego 14, 11-100 Lidzbark Warmiński
REGON: 510743500
tel.: 124287304; fax: 124251228
e-mail: um@lidzbarkw.pl
<https://bip.lidzbarkw.pl>
<https://platformazakupowa.pl/pn/lidzbarkw>

Odwołujący: JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Gliwicach
ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice
KRS: 0000654522
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez Ludwikę Mospinek
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. Poz. 1710 z późn. zm. - dalej zwanej „P.z.p.”) w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p., o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych, na usługi pn. „Świadczenie usług żywienia na potrzeby: Szkoły Podstawowej nr 1 z Oddziałem Przedszkolnym, Szkoły Podstawowej nr 3 oraz Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Lidzbarku Warmińskim”, ogłoszonego w dniu 17 lipca 2023 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem r 2023/BZP 00310130/01, nr referencyjny postępowania: GK.271.15.2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – JOL-MARK sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 513 pkt 1) i 2) P.z.p.:

I. **wnoszę odwołanie** na:

1. zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie udzielenia wyjaśnień treści Specyfikacji Warunków Zamówień (dalej „SWZ”) przy jednoczesnym nieprzedłużeniu terminu składania ofert;
2. a w konsekwencji – na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego, tj. otwarcie ofert;

II. **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 284 ust. 2 i ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p.** poprzez zaniechanie udzielenia wyjaśnień treści SWZ, pomimo iż wniosek Odwołującego o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do Zamawiającego w dniu 21 lipca 2023 roku, tj. nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert;;

2. **art. 284 ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p.** poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, pomimo iż Zamawiający nie udzielił wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert, pomimo iż wniosek Odwołującego o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do Zamawiającego w dniu 21 lipca 2023 roku, tj. nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert;
- III. **na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b) P.z.p. wnoszę o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** – na podstawie art. 255 pkt 6 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p. – tj. z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- IV. **wnoszę o przeprowadzenie dowodu z pisma Odwołującego z dnia z dnia 21.07.2023 r.** wraz z potwierdzeniem jej przesłania do Zamawiającego na platformie zakupowej – w celu wykazania faktu wpłynięcia wniosku o udzielenie wyjaśnień treści SWZ w terminie.
- V. **oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania**, bowiem Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, wniósł o wyjaśnienie treści SWZ, złożył ofertę, pomimo iż Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.
- VI. **oświadczam, że odwołanie zostało złożone w terminie**, tj. z zachowaniem 5-dniowego terminu, liczonego od dnia 24 lipca 2023 roku, kiedy to minął Zamawiającemu termin na udzielenie wyjaśnień treści SWZ.

Uzasadnienie

W dniu 17 lipca 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych na usługi pn. „Świadczenie usług żywienia na potrzeby: Szkoły Podstawowej nr 1 z Oddziałem Przedszkolnym, Szkoły Podstawowej nr 3 oraz Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Lidzbarku Warmińskim”. Zamawiający sporządził i opublikował SWZ. W pkt 3.6 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się za pośrednictwem platformy pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/lidzbarkw>.

Zamawiający przewidział, że termin składania ofert w dniu 25 lipca 2023 roku o godz. 10:00.

W dniu 21 lipca 2023 roku, Odwołujący przesłał Zamawiającemu – za pośrednictwem platformy zakupowej – wniosek o udzielenie wyjaśnień treści SWZ. Odwołujący zadał Zamawiającemu 16 pytań, które dotyczy treści SWZ. Przynajmniej niektóre z tych pytań były bardzo istotne dla prawidłowego ustalenia zakresu obowiązków wykonawcy, a tym samym również dla skalkulowania ceny ofertowej.

Dowód: pismo z dnia z dnia 21.07.2023 r. wraz z potwierdzeniem jej przesłania do Zamawiającego na platformie zakupowej.

Wniosek o udzielenie wyjaśnień został złożony w terminie określonym w art. 284 ust. 2 P.z.p., tj. na 4 dni przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego Zamawiający miał obowiązek udzielić niezwłocznych wyjaśnień treści SWZ, nie później jednak niż do dnia 24 lipca 2023 roku, a w przypadku braku możliwości udzielenia wyjaśnień w tym terminie, przesunąć termin składania ofert i udzielić wyjaśnień z zachowaniem terminu określonego w art. 284 ust. 2 P.z.p.

Przynajmniej niektóre z zadanych przez Odwołującego pytań były istotne dla sporządzenia oferty, bowiem dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia. I tak Odwołujący wnosił o udzielenie wyjaśnienia:

1. w pytaniu 1. - czy zakaz zatrudniania na podstawie umowy cywilnoprawnej pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, obejmuje również pracowników doraźnie skierowanych do realizacji zamówienia, w przypadku zaistnienia zdarzeń losowych powodujących konieczność zastąpienia dotychczasowego pracownika;
2. w pytaniu 7. - czy dopuszczalne jest korzystanie w toku realizacji zamówienia z programu komputerowego przeznaczonego do zamawiania posiłków;
3. w pytaniu 8. - czy od określonej w opisie przedmiotu zamówienia wartości energetycznej i odżywczej możliwe są jakiekolwiek odchylenia (np. +/- 10%);
4. w pytaniu 9. - jakie diety i z jaką częstotliwością są stosowane w placówkach Zamawiającego;
5. w pytaniu 10. - czy Zamawiający dopuszcza możliwość planowania dań półmiesnych;
6. w pytaniu 11. czy do dań jednogarnkowych zawierających warzywa konieczne jest planowanie dodatkowych porcji warzyw w formie surówki, warzyw na parze lub gotowanych;
7. w pytaniu 12. - czy w skład II śniadania ma wchodzić mleko;
8. w pytaniu 14. - czy gramatura posiłków podana przez Zamawiającego, to gramatura netto (na talerzu), czy brutto (gramatura przed obróbką termiczną);
9. w pytaniu 15. - co może być podawane jako „deser”.

Wyrażone przez Odwołującego wątpliwości dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym wpływały na kalkulację kosztów realizacji przez wykonawcę zamówienia.

Zamawiający w ogóle nie udzielił wyjaśnień treści SWZ, ani nie przesunął terminu składania ofert. Pomimo braku wyjaśnień, tj. w warunkach niepewności co do treści SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący w dniu 25 lipca 2023 roku złożył ofertę. Odwołujący złożył ofertę, pomimo iż nie był w stanie prawidłowo skalkulować ofertę, jedynie po to, aby zachować interes we wniesieniu odwołania. Pomimo iż Zamawiający nie wybrał jeszcze oferty najkorzystniejszej, konieczne jest wniesienie odwołania, bowiem Odwołującemu zależy na zawarciu niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Ratio legis art. 284 ust. 1-3 P.z.p. polega na zapewnieniu wykonawcom pewności, co do wymagań zawartych w SIWZ – w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia – i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu” (*por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017 r. , sygn. KIO 554/17*).

Zaniechanie udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień treści SWZ, nieprzesunięcie terminu składania ofert oraz otwarcie złożonych ofert, pomimo złożenia wniosku o udzielenie wyjaśnień treści SWZ w terminie określonym w art. 284 ust. 2 P.z.p., stanowi niemożliwą do usunięcia wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady tej nie da się usunąć, bowiem oferty zostały już złożone. Wada ta stanowi – zgodnie z art. 255 pkt 6 P.z.p. przesłankę unieważnienia postępowania. Wobec powyższego niecelowe byłoby nakazanie Zamawiającemu udzielenie wyjaśnień treści SWZ zgodnie ze złożonym wnioskiem. W takim przypadku jedynym rozstrzygnięciem Izby powinno być nakazanie unieważnienia postępowania – zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b) P.z.p.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w *petitum*.

W załączeniu:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie;