

Sygn. akt: KIO 2890/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 20 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Polskie Linie Oceaniczne S.A.** z siedzibą w Gdyni przy Al. Marszałka Piłsudskiego 1 (81-406 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez **LOTOS Petrobaltic S.A.** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Stary Dwór 9 (80-758 Gdańsk)

przy udziale wykonawcy – **Baltona Shipchandlers Sp. z o.o.** z siedzibą w Świnoujściu przy ul. Fińskiej 1 (72-602 Świnoujście) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy – **Polskie Linie Oceaniczne S.A.** z siedzibą w Gdyni, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2890/20

**Uzasadnienie**

LOTOS Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, pn.: *Postępowanie na zawarcie umowy ramowej na dostawę żywności na potrzeby platform wiertniczo-wydobywczych Zamawiającego* o numerze LPB/ZP-2/2020, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2020 r., pod numerem 2020/S 143-352702.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Polskie Linie Oceaniczne S.A. z siedzibą w Gdyni zwany dalej: „odwołującym” w dniu 5 listopada 2020 r. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na:

- dokonaniu wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu dla Części nr 1 (Zadanie nr 1) – Dostawa artykułów żywnościowych wymagających chłodzi, Części nr 2 (Zadanie nr 2) – Dostawa mrożonek, Części nr 3 (Zadanie nr 3) – Dostawa napojów;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w Części nr 1, 2 i 3 oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w Części nr 1 i 3;
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu z postępowania, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9.1.1 (w Części nr 1, 2 i 3), 9.1.3 (w Części nr 1), 9.1.5 (w Części nr 2), 9.1.7 (w Części nr 3) i 9.1.11 (w Części nr 1, 2, 3 i 4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”;
- zaniechaniu uznania oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w Części nr 1, 2 i 3.

Wskazany wyżej czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- w odniesieniu do Części nr 1 (Zadania nr 1) – Dostawa artykułów żywnościowych wymagających chłodzi:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1261) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że przedstawił on informacje z Krajowego Rejestru Karnego w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów Pzp, względnie przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu;
- 4) art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z

o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że przedstawił on referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów Pzp, względnie przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu;

5) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu z postępowania, pomimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.1 SIWZ (w zakresie posiadania aktualnie wdrożonego systemu HACCP lub równoważnego), a także warunku, o którym mowa w pkt 9.1.3 SIWZ (w zakresie posiadania przez pojazdy przeznaczone do transportu artykułów żywnościowych dopuszczenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej do tego typu dostaw);

6) art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

7) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu;

- w odniesieniu do Części nr 2 (Zadania nr 2) – Dostawa mrożonek:

1) art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1261) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że przedstawił on informacje z Krajowego Rejestru Karnego w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów Pzp, względnie przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu;

2) art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że przedstawił on referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów Pzp, względnie przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu;

3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu z postępowania, pomimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.1 SIWZ (w zakresie posiadania aktualnie wdrożonego systemu HACCP lub równoważnego), a także warunku, o którym mowa w pkt 9.1.5 SIWZ (w zakresie posiadania przez pojazdy przeznaczone do transportu artykułów żywnościowych dopuszczenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej do tego typu dostaw);

4) art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

5) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu;

- w odniesieniu do Części nr 3 (Zadania nr 3) – Dostawa napojów:

1) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

2) art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1261) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że przedstawił on informacje z Krajowego Rejestru Karnego w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów Pzp, względnie przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu;

3) art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że przedstawił on referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów Pzp, względnie przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu;

4) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu z postępowania, pomimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.1 SIWZ (w zakresie posiadania aktualnie wdrożonego systemu HACCP lub równoważnego), a także warunku, o którym mowa w pkt 9.1.7 SIWZ (w zakresie posiadania przez pojazdy przeznaczone do transportu artykułów żywnościowych dopuszczenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej do tego typu dostaw);

5) art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

6) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu;

- wspólne zarzuty w odniesieniu do wszystkich części (Cześć nr 1. 2 i 3):

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu z postępowania, pomimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.11 SIWZ (w zakresie posiadania odpowiednich środków transportu do realizacji poszczególnych części zamówienia);

2) art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Opierając się na przedstawionych zarzutach odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru ofert w zakresie Części nr 1, 2 i 3;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie Części nr 1, 2 i 3;
- wykluczenia wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą w zakresie Części nr 1, 2 i 3;
- ewentualnie
- odrzucenia oferty wykonawcy Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, ewentualnie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia niezłożonych lub złożonych w niewłaściwej formie dokumentów w zakresie Części nr 1, 2 i 3;
- unieważnienia postępowania w zakresie Części nr 1.

Zamawiający w dniu 6 listopada 2020 r., za pośrednictwem platformy zakupowej przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca – Baltona Shipchandlers Sp. z o.o. z siedzibą w Świnoujściu, zwany dalej: „przystępującym”.

W dniu 18 listopada 2020 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający poinformował o uznaniu w całości zarzutów wskazanych w odwołaniu z zastrzeżeniem, iż w przypadku zarzutu opisanego w punkcie 2 odwołania w odniesieniu do części nr 3 (dostawa napojów) tj. zarzutu dotyczącego niezgodności z SIWZ produktu zaferowanego w pozycji 33 formularza cenowego, zamawiający będzie wzywał przystępującego do wyjaśnień tej pozycji. W związku z tym zamawiający w dniu 18 listopada 2020 r. dokonał unieważnienia:

- czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
- czynności wyboru oferty przystępującego w części nr 1 z dnia 28 października 2020 r.;
- czynności wyboru ofert przystępującego i odwołującego w części nr 2 i 3 z dnia 26 października 2020 r.

Ponadto oddzielnym pismem z dnia 18 listopada 2020 r. stanowiącym uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie zamawiający poinformował, iż w przypadku zarzutów opisanych w punkcie 2 odwołania w odniesieniu do części nr 1 (dostawa artykułów żywnościowych wymagających chłodzi), tj. zarzutu dotyczącego niezgodności z SIWZ produktów zaferowanych w pozycji 274 oraz 339 formularza cenowego, będzie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień tych pozycji.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego zamawiający wyjaśnił, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania z uwzględnieniem, iż czynności przez niego dokonane będą miały szerszy zakres w stosunku do żądań odwołującego.

Przystępujący oświadczył, że wobec stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 listopada 2020 r. dotyczącego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert we wszystkich czterech częściach postępowania wraz ze wskazaniem, że zamawiający będzie wyjaśniał treść oferty przystępującego w zakresie części 1 i 3 zamówienia oraz powtórzy czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uznała, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, na mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Pzp koszty te znoszą się wzajemnie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonych tytułem wpisu od odwołania, na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy.

Przewodniczący: .....