

WYROK

Warszawa, dnia 15 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Łęczyński – Powiatowy Zakład Aktywności Zawodowej**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1434/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Łęczyński – Powiatowy Zakład Aktywności Zawodowej prowadzi postępowanie pn. „SUKCESYWNE DOSTAWY ART. SPOŻYWCZYCH DO SIEDZIBY POWIATOWEGO ZAKŁADU AKTYWNOŚCI ZAWODOWEJ W ŁĘCZNEJ”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00266602/01 z dnia 2024-04-02.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. wykonawca Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących odrzucenia Oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 i 2 oraz 17 ust. 2 PZP - poprzez nieprzeprowadzenie dokładnego badania i oceny ofert
2. art. 255 pkt 2 PZP – poprzez unieważnienie postępowania mimo iż złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu.
3. art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez nie poprawienie innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na niezgodności jego oferty z dokumentami zamówienia nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty.
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo że została złożona zgodnie z SWZ

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- (1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania
- (2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego
- (3) nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- (4) obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 maja 2024 r. (pismo z dnia 8 maja 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie

złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 oraz 17 ust. 2 PZP - poprzez nieprzeprowadzenie dokładnego badania i oceny ofert, art. 255 pkt 2 PZP – poprzez unieważnienie postępowania mimo iż złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu, art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez nie poprawieniu innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na niezgodności jego oferty z dokumentami zamówienia nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty, art. 226 ust.1 pkt 5 PZP - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo że została złożona zgodnie z SWZ, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważa, że w dniu 19 kwietnia 2024 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, a także o odrzuceniu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż: *„Oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego w pozycji: nr 34 –gorczyca 50g, skład: ziarno gorczycy 100%Opakowanie jednostkowe dopuszczone do kontaktu z żywnością. Zamawiający wskazał planowaną ilość 2szt. Wykonawca zaoferował produkt firmy Prymat 30g –w ilości 2 szt. Ilość produktu po przeliczeniu jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe, złożona oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego”.*

Izba zważa, iż Zamawiający w Załączniku nr 1 do formularza ofertowego wymagał następujący produkt: „Gorczyca 50g . Skład: ziarno gorczycy 100%. Opakowanie jednostkowe przeznaczone do kontaktu z żywnością. Okres przydatności do spożycia deklarowany przez producenta powinien wynosić nie mniej niż 6 miesięcy od daty dostawy. CN 1207 50 90” w ilości 2 sztuk, co skutkowało tym, iż zamówienie dotyczyło 100 g gorczycy.

Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w Załączniku nr 1 do formularza ofertowego, zaoferował gorczycę w ilości 2 sztuk opakowań gorczycy producenta „Prymat” o gramaturze pojedynczego opakowania w postaci 30 g, co daje w sumie 60 g gorczycy.

Izba zważa, że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający był zobowiązany dokonać poprawy oferty Odwołującego w pozycji nr 34 (gorczyca) na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez zmianę

ilości z 2 sztuk na 4 sztuki po przeliczeniu, a co zatem idzie poprawę wartości netto w tej pozycji z 2,46 zł na 4,92 zł oraz wartości brutto z 2,58 zł na 5,16 zł, są w ocenie Izby niezasadne. Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż zmiana taka w rzeczywistości prowadziłaby do zmiany merytorycznej treści oferty, ponieważ, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż po pierwsze Zamawiający wymagał w pozycji 34 - 2 sztuki, a nie 4 sztuki, a po drugie Zamawiający wymagał opakowanie jednostkowe – gorczyca 50g, to przy wymogu 2 sztuk daje 100 g gorczycy. W przypadku poprawy oferty, tak jak to chciałby Odwołujący, to Odwołujący zaoferowałby w rzeczywistości 120 g gorczycy (4 sztuki x 30 g), co już samo to powoduje, że byłoby to niezgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego i prowadziłoby w ocenie Izby do nierównego traktowania Wykonawców, niezależnie od tego, iż zmiana ta stanowiłaby 0,0001% wartości oferty, na co wskazywał Odwołujący w odwołaniu.

Nawet, uznając, iż zmiana treści oferty stanowiłaby omyłkę nieistotną, to Izba zważa, iż zmiana taka dokonana przez Zamawiającego, w ten sposób, jak widzi to Odwołujący, w ocenie Izby musiałaby być dokonana de facto z udziałem Odwołującego, a tym samym byłoby to sprzeczne z normą prawną zawartą w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, która jednoznacznie mówi, iż „Zamawiający poprawia w ofercie (...) niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”, co oznacza, że poprawa takiej oferty może być dokonana przez Zamawiającego wyłącznie bez udziału Wykonawcy.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, na tak złożoną ofertę przez Odwołującego, nie było również podstaw, aby Zamawiający miał uważać, że Wykonawca w rzeczywistości chciał zaoferować inny produkt niż gorczyca Prymat 30g, zwłaszcza że Zamawiający przedłożył dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie w postaci produktu „Gorczyca Prymat 30g”, a Odwołujący nie złożył żadnego dowodu przeciwnego świadczącego o tym, że Odwołujący chciał zaoferować produkt Gorczyca Prymat 50 g.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, z kolei w myśl art. 535 ustawy PZP, Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Warte zauważenia jest również to, iż w stosunku do Odwołującego jako profesjonalisty stosuje się podwyższony miernik staranności, zgodnie z art. 355 § 2 k.c. Oznacza to, że od przedsiębiorcy (Odwołującego) wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Należyta staranność profesjonalisty nakłada więc na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Konkludując, zdaniem Izby, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, jak również nie był obowiązany zastosować normę prawną wyrażoną w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, w wyniku czego prawidłowo Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP ze względu na to, iż wszystkie oferty pozostałych wykonawców podlegały odrzuceniu jako niezgodne z warunkami zamówienia, a tym samym Zamawiający nie naruszył także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP ani art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: