**Sygn. akt KIO 1214/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza -** w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 19 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę "SEMI" SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodow Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach

**postanawia:**

1.umorzyć postępowanie odwoławcze

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy "SEMI" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gliwicach kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysi pięćset złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca: ……..

**Sygn. akt KIO 1214/24**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Sukcesywne dostawy dla Działu Żywienia: 1. nabiału i tłuszczy 2. artykułów sypkich i przypraw Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach".

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Pzp" lub „ustawa".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00213559.

W postępowaniu tym wykonawca "SEMI" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzil Gliwicach (dalej jako „Odwołujący") w dniu 8 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1)niezgodną z przepisami PZP czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Sukcesywne dostawy dla Działu Żywienia: 1. nabiału i tłuszczy 2. artykułów sypkich i przypraw NIO-PIB Oddziału w Gliwicach, tj. na odrzucenie oferty Odwołującej

2)zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Sukcesywne dostawy dla Działu Żywienia: 1. nabiału i tłuszczy 2. artykułów sypkich i przypraw NIO-PIB Oddziału w Gliwicach, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie PZP, tj. na brak odrzucenia oferty Spółdzielni Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku,

oraz w konsekwencji – niezgodnych z przepisami PZP – czynności i zaniechania, o których mowa w pkt 1 i 2 (powyżej):

3)dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Spółdzielni Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku, która to oferta podlegała (obligatoryjnemu) odrzuceniu, 2 i tym samym powinna była zostać odrzucona, zamiast oferty Odwołującej, która to nie podlegała odrzuceniu, a mimo to została odrzucona, i tym samym – jako jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu – powinna była zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

**<u>Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:</u>**

1)naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującej jako oferty, której treść jest (rzekomo) niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie produktu wskazanego w ramach Lp. 49 Specyfikacji asortymentowo-cenowej w ramach Zadania nr 1 – Nabiał i tłuszcze, tj. Skyr, jogurt typu islandzkiego op. 150 g naturalny, wanilia, owocowy (wartość odżywcza skyr naturalny w 100 g: do 64 Kcal, B do 12g, T - 0g, W do 4,1g, w tym cukry do 4,1g), podczas gdy Zamawiający podał (dokładne) wartości konkretnego produktu, jakim jest Skyr, jogurt typu islandzkiego op. 150 g, produkowany przez OSM Piątnica, a Odwołujący zaoferował produkt równoważny, natomiast Zamawiający pomimo to odrzucił ofertę Odwołującej na podstawie argumentacji, iż (rzekomą) niezgodność stwierdził:

- w oparciu o cyt. „wymaganą przez Zamawiającego, a złożoną przez Wykonawcę [Odwołującą] próbkę oferowanego asortymentu" (podczas gdy taka próbka nie była wymagana, i tym samym nie została przez Odwołującą złożona, jako że zgodnie z rozdz. VII ust. 2.1. pkt 1 Lp. 5 SWZ wymagana i złożona próbka dotyczyła skyr owocowego, a nie

naturalnego, do którego odnoszą się parametry, a także

- na podstawie cyt. „[informacji] na ogólnie dostępnej na stronie internetowej pod nw. adresem: https://profit.sklepkupiec.pl/biomlek/163587-bakoma-skyr-jogurt-typu-islandzkiegonaturalny-150-g.html ” (podczas gdy po kliknięciu we wskazany link na stronie internetowej wyświetla się komunikat: << Jest 1 błąd 1. Produkt nie jest już dostępny >>;

co więcej nie może ujść uwadze fakt, że owe wymagane parametry, to wartości konkretnego produktu, produkowanego przez OSM Piątnica, która to jest jednym z właścicieli Wykonawcy, którego oferta została wybrana;

2)naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie produktu wskazanego w ramach Lp. 4 Specyfikacji asortymentowocenowej w ramach Zadania nr 1 – Nabiał i tłuszcze, poprzez brak spełniania przez produkt zaoferowany wymagania w zakresie minimalnej zawartości owoców oraz w zakresie smaku brzoskwinia – produkt zaoferowany ma zawartość owoców dużo mniejszą niż wymagana oraz w jednym z trzech wymaganych smaków (w ogóle) nie występuje;

3)naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie produktu wskazanego w ramach Lp. 45 Specyfikacji asortymentowocenowej w ramach Zadania nr 1 – Nabiał i tłuszcze, poprzez brak spełniania przez produkt zaoferowany wymagania w zakresie smaków;

4)naruszenie przepisu art. 16 PZP oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie oferty Odwołującej jako oferty, której treść jest (rzekomo) niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie produktu wskazanego w ramach jednej z pozycji Specyfikacji asortymentowo-cenowej (dokładnie Lp. 49 Zadania nr 1), z uwagi na (rzekomy) brak spełniania przez niego (dokładnych) parametrów, wskazanych przez Zamawiającego (vide zarzut ad. 1), podczas gdy oferta innego wykonawcy, jakim jest Spółdzielnia Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku, której treść (faktycznie) jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie produktu wskazanego w ramach jednej z pozycji Specyfikacji asortymentowo-cenowej (dokładnie Lp. 4 Zadania nr 1), z uwagi na brak spełniania przez niego wartości referencyjnych wskazanych przez Zamawiającego (co wykazano w ramach zarzutu ad. 2), nie została z tej przyczyny odrzucona.

**Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1)unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,

2) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującej,

3)nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty,

4)nakazanie wykonania czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Spółdzielni Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego w Białymstoku,

a jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 PZP:

5)unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego

W dniu 17 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

***Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:***

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Zgodnie z art. 522 ust. 1 in fine Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, koszty o których mowa w § 5 pkt 2

rozporządzenia znosi się wzajemnie. Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..….