Sygn. akt: KIO 3132/22

POSTANOWIENIE
z dnia 7 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 grudnia 2022 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 25 listopada 2022r. przez odwołującego: **T.T. TIM z siedzibą we Wrocławiu (**ul. Kazimierza Michalczyka 13, 53633 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Obornicka 100**I** 102, 50984 Wrocław),
przy udziale wykonawcy: **Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. Z. MODERNUD**(ul. Wygodna 8/5, 50 - 323 Wrocław) zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **T. T. TIM z siedzibą we Wrocławiu (**ul. Kazimierza Michalczyka 13, 53633 Wrocław) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..……..……..……..

Sygn. akt: KIO 3132/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 25 listopada 2022 r. przez odwołującego: T. T. TIM z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP],w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Przygotowanie, dowóz i dystrybucję posiłków". Numer referencyjny: ŻYWN/465/2022, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE: 2022/S 174-491856.

Odwołujący podał, że wnosi (…) *odwołanie od niezgodnych z przepisami p.z.p. czynności, podjętej w Postępowaniu przez Zamawiającego, polegających na:*

1) wyborze oferty MODERNBUD Ł. Z. (dalej „MODERNBUD") pomimo, że nie była to najkorzystniejsza oferta.

II.Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów prawa:

1)art. 223 ust. 1 p.z.p. polegające na nienależytym przeprowadzeniu badania i oceny ofert, co doprowadziło do porównywania ze sobą niewspółmiernych cen, co samo w sobie było konsekwencją nieprecyzyjnego formularza składającego się na dokumentację przetargową;

2)art. 204 ust. 1 p.z.p. polegające na jego niezastosowaniu i wyborze oferty MODERNBUD Ł. Z. w sytuacji, gdy oferta ta w rzeczywistości była droższa, niż oferta złożona przed Odwołującego;

III.Opierając się na przedstawionych zarzutach wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz o:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty MODERNBUD Ł. Z.;

2)nakazanie Zamawiającemu ponowienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

IV.W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o przeprowadzenie następujących dowodów:

1)Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami: a. Załącznikiem nr 1 – Opis Przedmiotu Zamówienia; b. Załącznikiem nr 2 – Opis Prawa Opcji, c. Załącznikiem nr 3 – Formularz Ofertowy na okoliczność: sposobu organizacji postępowania o udzielenie zamówienia;

2)Formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego (wersja edytowalna, wersję podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym i przesłanym Zamawiającemu, Odwołujący przedłoży do KIO na późniejszym etapie postępowania) - na okoliczność: treści oferty Odwołującego;

3)Informacji z otwarcia ofert z dnia 29.09.2022 r. na okoliczność: sposobu, w jaki Zamawiający ustalił wartość złożonych ofert;

4)Wezwania MODERNBUD Ł. Z. do złożenia wyjaśnień stosownie do art. 224 p.z.p., przesłanego przez Zamawiającego w dniu 13.10.2022 r.

5)Wyjaśnień MODERNBUD Ł. Z. w przedmiocie ceny z dnia 18.10.2022 r. na okoliczność: wezwania MODERNBUD Z. do wyjaśnień w przedmiocie ceny, rzeczywistej wartości brutto oferty złożonej przez tego wykonawcę

6)Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15.11.2022 r. na okoliczność: błędnego zestawienia wartości ofert przez Zamawiającego, a w konsekwencji nieprawidłowego ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza.

Dowody wskazane w pkt. 1-6 powyżej zostały umieszczone w załączonym archiwum ZIP.

(…)

VII.*Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, polegający na uzyskaniu zamówienia, prowadzi bowiem działalność gospodarczą obejmującą przygotowywanie i dostarczanie żywności dla odbiorców zewnętrznych (katering). Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów p.z.p. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści na skutek nieuzyskania zamówienia.*

(…)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (w piśmie z dnia 2 grudnia 2022 r.) wskazując na *art. 521 i art. 522 ust. 1 ustawy z 11 września 2021 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.)* oświadczył, że *„uwzględnia odwołanie".* Dalej podał: *„W związku z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w treści odwołania Zamawiający wykona:*

1.czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania (pkt 1 odwołania)

2.unieważnienie postępowania z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (błąd w formularzu ofertowym powodujący, iż wpłynęły trzy zupełnie nie porównywalne oferty)".

W uzasadnieniu stanowiska wskazał: „W wyniku wniesienia odwołania Zamawiający dokonał kontroli dokumentacji

przetargowej oraz uprzednio wykonanych czynności. Po wykonaniu przedmiotowego sprawdzenia dokumentacji oraz weryfikacji dokonanych czynności przez Zamawiającego, należy stwierdzić iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W celu dochowania należytej staranności oraz zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania, Zamawiający pragnie, aby postępowanie było prowadzone w sposób należyty z zachowaniem wszelkich zasad wynikających z ustawy Pzp.
Mając na uwadze powyższe oraz aktualny stan faktyczny Zamawiający postanawia jak na wstępie".

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca: Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. Z. MODERNUD, (ul. Wygodna 8/5, (50 - 323) Wrocław) wnosząc o oddalenie odwołania. W związku ze stanowiskiem Zamawiającego wskazanym powyżej wykonawca ten przede wszystkim oświadczył: (…)
„Przystępujący akceptuje decyzję Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania i unieważnieniu postępowania i nie wnosi co do niej sprzeciwu. W szczególności pisma Przystępującego z dnia 6 grudnia 2022 roku (przesłanego na adres: odwolania@uzp.gov.pl w dniu 6 grudnia 2022 roku o godzinie 12:36:23) nie należy traktować jako sprzeciwu Przystępującego wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania (zarzutów przedstawionych w odwołaniu). (…)

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępującego wykonawcy po stronie zamawiającego stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie przepisu art. 568 pkt.2 ustawy Pzp.

W odwołaniu wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1)art. 223 ust. 1 Pzp polegające na nienależytym przeprowadzeniu badania i oceny ofert, co doprowadziło do porównywania ze sobą niewspółmiernych cen, co samo w sobie było konsekwencją nieprecyzyjnego formularza składającego się na dokumentację przetargową;
2)art. 204 ust. 1 Pzp, polegające na jego niezastosowaniu i wyborze oferty MODERNBUD Ł. Z. w sytuacji, gdy oferta ta w rzeczywistości była droższa, niż oferta złożona przed Odwołującego.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty MODERNBUD Ł. Z. oraz (2) ponowienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu oświadczył (pkt 1), że wykona czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania (pkt 1 odwołania). Jednocześnie w pkt 3 odpowiedzi oświadczył o *„unieważnieniu postępowania z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (błąd w formularzu ofertowym powodujący, iż wpłynęły trzy zupełnie nie porównywalne oferty)".*

Zgłaszający przystąpienie wykonawca: MODERNBUD Ł. Z. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu do decyzj zamawiającego.

. Izba po analizie materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej uznała, że: (1) z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego kluczowego zarzutu dotyczącego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - MODERNBUD Ł. Zdi złożone oświadczenie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z *„powodu wady uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy"* i (2) wobec oświadczenia Przystępującego wykonawcy, że nie wnosi sprzeciwu wobec decyzji zamawiającego oraz
(3) brak przeciwnego stanowiska Odwołującego, który przyznaje pośrednio w odwołaniu konsekwencje wynikające z nieprecyzyjnego formularza ofertowego - brak jest kluczowego substratu zaskarżenia - w sensie prawnym nie istnieją już czynności, których unieważnienia w odwołaniu domagał się wnoszący odwołanie wykonawca. Zatem należało na gruncie wskazanego art. 568 pkt 2 ustawy Pzp przyjąć, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne z powyższej przyczyny.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Wymaga jednocześnie zauważenia, że przedmiotowe rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie nie pozbawia Odwołującego środka ochrony prawnej. Czynność bowiem unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nową czynnością, Zatem środek ochronnej prawnej w świetle ustawy Pzp – odwołanie - może być hipotetycznie skierowany przeciwko nowej czynności Zamawiającego przy zachowaniu wszelkich wymogów prawem przewidzianych.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust.2 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. z 2020 r. poz. 2437). Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art.568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

……..