Sygn. akt KIO 513/23

POSTANOWIENIE

z dnia 3 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 marca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
24 lutego 2023 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. z siedzibą we W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich im. F.S. we W. w przedmiocie zamówienia publicznego na: *„sukcesywne dostawy nabiału do Ośrodka Przygotowań Olimpijskich we W. wraz z usługą transportu”*

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M.
z siedzibą we W. kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej równowartość wniesionego 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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 513/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich im. F.S. we W.działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzieleniezamówienia publicznego na: *„sukcesywne dostawy nabiału do Ośrodka Przygotowań Olimpijskich we W. wraz z usługą transportu”.*Numer referencyjny tego zamówienia to 09/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00070376/01.

W dniu 24 lutego 2023 r. Odwołujący – wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.M. z siedzibą we W. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które polegały na:

1)Zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Sezamek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pucku, zwanego dalej jako „wykonawca Sezamek”, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP

2)Zaniechaniu wezwania wykonawcy Sezamek do wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP,

3)Wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sezamek.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Sezamek, gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami i wymogami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”),

2)art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający otrzymał od Odwołującego w dniu 15 lutego 2023 r. informację

o niezgodności zaoferowanych produktów przez wykonawcę Sezamek w zakresie ich niezgodności z wymogami SWZ,

3)art. 233 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez jego zastosowanie i poprawienie w ofercie wykonawcy Sezamek innej omyłki, co miało istotny wpływ na treść oferty, albowiem poprzez wykreślenie nazwy producenta „Włoszczowa", Zamawiający nie wskazał innej nazwy producenta, ponieważ gdyby tak się stało to treść oferty wykonawcy Sezamek została zmieniona w sposób istotny,

4)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez wykonawcę Sezamek oferta nie budzi wątpliwości co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta wykonawcy Sezamek zawiera błędy i nie jest zgodna z wymogami Zamawiającego w zakresie wymogu co do asortymentu, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co
w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia w/w oferty,

5)art. 239 ustawy PZP poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane w ofercie wykonawcy Sezamek produkty nie spełniają wszystkich wymogów Zamawiającego wskazanych w SWZ, jak choćby:

- pozycja nr 14 – wskazano serek wiejski lekki od producenta OSM Włoszczowa, który nie jest produkowany od około 5 lat,

- Pozycja nr 10 – kefir – Robiko produkuje tylko kefir w butelce, natomiast Zamawiający wymagał produkt opakowanie kształtki z tworzywa sztucznego zamykane zakrywką z foli aluminiowej termoizolacyjnej o pojemności 220 gr – 250 gr,

- pozycja nr 3 – Radomsko produkuje tylko 2 smaki truskawka i brzoskwinia,

- pozycja nr 5 – Bakoma produkuje tylko 120g,

- pozycja nr 6 – Radomsko zawartość tłuszczu 2,5%,

- pozycja nr 16 – Radomsko produkuje tylko twaróg krajanka,

- pozycja nr 17 – Radomsko produkuje tylko twaróg sernikowy o zawartości tłuszczu 17%,

- pozycja nr 27 – Mlekpol nie produkuje złotej goudy,

- pozycja nr 32 – Maluta nie produkuje mozzarelli,

- pozycja nr 54 – Jagr nie produkuje serów,

co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez Zamawiającego oferty wykonawcy Sezamek za najkorzystniejszą.

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania
i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sezamek oraz dokonanie ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,

2)wezwania wykonawcy Sezamek do wyjaśnień złożonej oferty w zakresie jej niezgodności z wymogami SWZ,

3)odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sezamek w związku z faktem, iż jej treść nie odpowiada wymogom wskazanym w SWZ.

Odwołujący zawarł też wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Ze znajdującej się w aktach sprawy odwoławczej informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. wynika, że informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 24 lutego 2023 r. poprzez przesłanie pocztą elektroniczną oraz poprzez zamieszczenie na Platformie zakupowej e-Zamówienia.

Następnie w dniu 3 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło kolejne pismo od Zamawiającego, w którym poinformował on o tym, że w dniu 27 lutego 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Sezamek jako oferty najkorzystniejszej

w przedmiotowym postępowaniu, o czym poinformował także wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto w dniu 1 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Sezamek do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty w odniesieniu do zarzutów postawionych w odwołaniu przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. z siedzibą we W..

Izba ustaliła ponadto, że termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 27 lutego 2023 r. Do dnia wydania postanowienia przez Izbę nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia, ani po stronie Zamawiającego, ani po stronie Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne, ponieważ Zamawiający działając w trybie samokontroli w dniu 27 lutego 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Sezamek jako oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, a następnie na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w dniu 1 marca 2023 r. wezwał tego wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że nowe czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu już po wniesieniu odwołania skutkowały zniesieniem substratu zaskarżenia, tzn. zostały już wyeliminowane z obrotu prawnego czynności zaskarżone odwołaniem. Dlatego też postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, jako zbędne, podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZPoraz w oparciu o przepis § 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). Z uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami. Izba orzekła też o nakazaniu zwrotu wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……