Sygn. akt KIO 2823/23

POSTANOWIENIE
z dnia 4 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

po rozpoznaniu w dniu 04 października 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 września 2023 r. przez wykonawcę **M.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.M.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Sportu, Instytucja Gospodarki Budżetowej, Ośrodek Przygotowań Olimpijskich im. F.S. z siedzibą we Władysławowie**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2823/23

UZASADNIENIE:

Zamawiający – Centralny Ośrodek Sportu, Instytucja Gospodarki Budżetowej, Ośrodek Przygotowań Olimpijskich im. F.S. z siedzibą we Władysławowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Sukcesywne dostawy nabiału do Ośrodka Przygotowań Olimpijskich we Władysławowie wraz z usługą transportu", numer referencyjny: 41/2023.

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 31 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00376425.

25 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przezwykonawcę M.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.M. (dalej jako „Odwołujący") wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na:

1. Zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z ustawą Pzp w postępowaniu o udzieleniu zamówienia, do której zamawiający był zobowiązany tj. naruszeniu art. 267 ust. 2 pkt 6) w związku z art. 271 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie zamawiający jest zobowiązany do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia;
2. Zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie na podstawie 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z ustawą Pzp za klasyczny błąd w obliczeniu ceny, uznaje się przyjęcie przez wykonawcę do wyliczenia ceny niewłaściwej stawki podatku VAT. Takiego błędu co do zasady nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty.
3. Zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
4. Zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w/w postępowaniu w zakresie treści złożonej oferty Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18- 200 Wysokie Mazowieckie zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp;
5. Wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 267 ust. 2 pkt 6) w związku z art. 271 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający był zobowiązany do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, czego zaniechał w przedmiotowym postępowaniu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie, gdy oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny, bowiem Wykonawca do wyliczenia ceny przyjął błędną stawkę podatku VAT;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska

Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie, gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami i wymogami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ;

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 Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita oferta nie budzi wątpliwości co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita 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, oferta Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu przez Wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT. Zgodnie z ustawą Pzp takiego błędu nie można poprawić, a jego konsekwencją jest odrzucenie oferty, ponadto w/w oferta nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SWZ tj. zaoferowane produkty nie spełniają wszystkich wymogów Zamawiającego wskazanych w SWZ, jak niżej:

a)Pozycja nr 2-jogurt z owocami typu light - Wykonawca Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita zaproponował Jogobella bez cukru, nadmieniamy, iż jest to zupełnie inny produkt.

b)Pozycja nr 21-ser pleśniowy camembert - Wykonawca Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita zaproponował ser pleśniowy La Polle 120g, nadmieniam, iż produkt ten nie występuje w różnych smakach.

c)Pozycja nr 41-śmietana zakwaszana 18% tłuszczu 0,2-0,5l -Wykonawca Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita zaproponował śmietanę 18% o gramaturze 1kg, nadmieniam, iż jest to gramatura znacznie większa od wskazanej przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie oraz dokonanie ponownej oceny ofert w w/w postępowaniu;

2.ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie do wyjaśnień złożonej oferty w zakresie jej niezgodności z wymogami SWZ;

3.nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie w związku z faktem, iż jej treść nie odpowiada wymogom wskazanym w SWZ;

4.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie;

Jednocześnie, wniósł o:

1.zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego;

2.zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów, a także korespondencji z Wykonawcą Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie.

3.zobowiązanie Zamawiającego o przedstawienie dowodów, co do potwierdzenia prawdziwości wskazanych producentów w zakresie posiadania danego asortymentu wskazanego przez Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie

4.nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty firmy Spółdzielnia Mleczarska Mlekovita, ul. Ludowa 122, 18-200 Wysokie Mazowieckie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10) z uwagi na fakt, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

5.ewentualne nakazanie Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postepowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

03 października 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie 3 października 2023r. unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca

Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, Zamawiający dokonał bowiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 568 pkt 2) ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W ocenie Izby

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że dalsze postępowanie stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do czynności lub zaniechań, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 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.). Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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