Sygn. akt: KIO 2443/16

WYROK
z dnia 13 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016r. przez wykonawcę **A.D. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w P.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Łęczyński -Powiatowy Zakład Aktywności Zawodowej w Ł., (...)**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **A.D. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w P.** i
   2.1 Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.D. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w P.** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 Zasądza od **A.D. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w P.** na rzecz **Powiatu Łęczyńskiego -Powiatowego Zakładu Aktywności Zawodowej w Ł., (...)** kwotę 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt KIO 2443/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywne dostawy do siedziby Powiatowego Zakładu Aktywności Zawodowej w Ł. artykułów spożywczych, według podziału na 8 zadań:
1) Zadanie nr 1 art. spożywcze, CPV: 15800000-6,15872200-3;
2) Zadanie nr 2 art. rolno-spożywcze, CPV: 15331000-7;
3) Zadanie nr 3 mięsa* wędliny, CPV: 15119000-5,15131130-5;
4) Zadanie nr 4 drób, CPV: 15131500-0;
5) Zadanie nr 5 pieczywo, CPV: 15811000-6;
6) Zadanie nr 6 art. mleczarskie, CPV: 15500000-3 ;
7) Zadanie nr 7 warzywa i owoce, CPV: 15300000-1;
8) Zadanie nr 8 mrożonki, CPV: 15331170-9
zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 364087 - 2016 z dnia 12 grudnia 2016r.
W dniu 22 grudnia 2016r. zamawiający poinformował w zakresie zadania 6 wykonawcę A.D.

spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w P. – dalej odwołującego o odrzuceniu jego oferty, a także zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy unieważnił postępowanie z powodu braku ważnych ofert.
W dniu 27 grudnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 6. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 20.01.2016 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w załączonym wydruku KRS-u i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 27 grudnia 2016r.
Odwołujący zaskarżył czynność odrzucenia jego oferty mimo, iż złożona została na produkt referencyjny oraz czynność unieważnienia postępowania na podstawie brak ofert niepodlegających odrzuceniu mimo iż oferta odwołującego odrzuceniu nie podlegała.
Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:
(i) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 dalej PZP)- przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert
(ii) art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP przez unieważnienie postępowania mimo iż w postępowaniu została złożona oferta nie podlegająca odrzuceniu,
(iii) art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 2 pkt 5) PZP przez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

---

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:
(1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania
(2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert a w jej wyniku
(3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu a nie podlegających odrzuceniu;
(4) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego, przez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia i został on naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a w związku z tym winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego.
Odwołujący wskazał, że zamawiający prowadzi postępowanie na zakup i dostawa produktów spożywczych, w którym złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ i udokumentował spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
W dniu 22 grudnia 2016 roku za pośrednictwem e -maila zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz jego unieważnieniu.
W tej sytuacji odwołujący ponownie przeanalizował SIWZ postępowania oraz podstawy odrzucenia jego oferty.
Z informacji o odrzuceniu wynikało, że zamawiający odrzucił jego ofertę mimo że została ona złożona na produkt referencyjny wskazany w SIWZ. Jednocześnie odwołujący zauważył, że zamawiający żądał badania i podania składu produktów oferowanych, tylko w sytuacji kiedy oferta zostałaby złożona na produkt równoważny. Świadczą o tym postanowienia SIWZ zawarte w III. 11 SIWZ: 11 Zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia w ofercie asortymentu równoważnego (innego niż podany „z nazwy" przez zamawiającego w formularzu ofertowym.
Zaproponowane przez wykonawców w ofercie produkty równoważne muszą posiadać minimalne parametry techniczne (jego rodzaj, konsystencja i skład surowcowy produktu itp.), a także posiadać cechy jakościowe (normy polskie, dopuszczone do stosowania gastronomicznego środki konserwujące i barwiące itp.) i walory spożywcze (skład, smak, zapach, barwa itp.) nie gorsze niż produkty wymienione przez zamawiającego. Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych opisywanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez zamawiającego, poprzez wpisanie

nazwy produktu równoważnego w szczegółowym formularzu potrzeb danego zadania stanowiący integralny załącznik do formularza oferty (załącznik nr I do SIWZ).
Odwołujący uznał, że w sytuacji kiedy został zaoferowany produkt określony przez zamawiającego "z nazwy" nie ma podstaw by badać jego skład oraz inne parametry techniczne. Zatem w ocenie odwołującego odrzucenie oferty odwołującego było bezpodstawne.

W dniu 28 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i przekazał jego kopię jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 29 grudnia 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i dodatkowo z powodu tego, że dotyczy ono czynności, których zamawiający nie wykonał w przedmiotowym postępowaniu, a więc jest w tym zakresie bezprzedmiotowe.
Zamawiający wskazał, że odwołujący wnosi odwołanie od następujących czynności zamawiającego: odrzucenia oferty odwołującego się oraz unieważnienia postępowania ze względu na brak ofert na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający poinformował, że pismem z dnia 23.12.2016 r. (przed wniesieniem odwołania) zamawiający przekazał wykonawcom pismo o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania (będącej przedmiotem odwołania) oraz o przystąpieniu do ponownej oceny i badania ofert. Do dnia dzisiejszego wniesienia odwołania ponowna ocena i badanie ofert nie została zakończona. Uprawnienie zamawiającego do unieważnienia czynności błędnie podjętej w trakcie trwania postępowania i jej powtórzeniu jest, w jego ocenie, akceptowane w doktrynie i orzecznictwie oraz wynika z przepisów art, 181 ustawy (argumentacja per analogiam). Jeżeli zamawiający na podstawie art. 181 ma obowiązek powtórzenia czynności wadliwie wykonanej w wyniku informacji otrzymanej od wykonawcy, tym samym posiada prawo (a nawet obowiązek) do wykonania takiej czynności w sytuacji, gdy sam podejmie informacje o wadzie danej czynności. A więc w momencie składania odwołania postępowania nadal trwało i nie wykonano skutecznie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP. Zgodnie z orzecznictwem KIO odwołujący nie ma interesu we wnoszonym odwołaniu rozumianego, jako możliwość uzyskania danego zamówienia, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej i nie jest znana ostateczna w tym względzie ocena (wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2015 r. KIO 104/15).

Zamawiający poinformował, że w dniu 30 grudnia 2016r., zamawiający unieważnił postępowanie pn.: „Sukcesywne dostawy do siedziby Powiatowego Zakładu Aktywności Zawodowej w Ł. artykułów spożywczych, według podziału na 8 zadań" w części nr 6-artykuły mleczarskie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w związku z art. 93 ust. 2 (pismo w załączeniu). Czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 nie była przedmiotem odwołania i jest skuteczna, nie podlega też odwołaniu w postępowaniach o wartościach poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. W efekcie wykonawca nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, bowiem jego uwzględnienie nie wpłynęłoby na możliwość uzyskania przez niego zamówienia w świetle zasadnie podjętej przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania na podstawie przepisów art. 93 PZP w sytuacji wystąpienia przesłanek tam występujących niezależnie od etapu, na którym poweźmie informacje o ich wystąpieniu. Nieunieważnienie postępowania stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu przepisów art. 17 ust. lc ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dodatkowo zamawiający podniósł, że w sytuacji gdyby zamawiający został zmuszony do ponownej oceny i badania ofert oferty wykonawcy odwołującego się wykonawca ten zostałby sklasyfikowany na ostatnim miejscu ze względu na konieczność poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w treści jego oferty, czego zamawiający przez niedopatrzenie nie uczynił podczas oceny i badania ofert - projekt pisma oraz kopia oferty wykonawcy w

załączeniu. W efekcie wykonawca nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, bowiem jego uwzględnienie nie wpłynęłoby na możliwość uzyskania przez niego zamówienia, a przedmiotem odwołania nie było zaniechanie czynności odrzucenia oferty konkurentów lub wykluczenia konkurentów z prowadzonego postępowania.

Izba ustaliła, następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz,
Zgodnie z rozdziałem III pkt. 2 siwz zamawiający wskazał, że uszczegółowienie potrzeb artykułów uwzględniono w załącznikach szczegółowych do ogólnego formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do siwz w zakresie każdego zadania. Zgodnie z pkt. 3 i 11 rozdziału III siwz wykonawcy, którzy zaproponują artykuły równoważne do opisanych w szczegółowych załącznikach potrzeb danego zadania muszą dołączyć do oferty kartę produktu lub inny dokument, z którego bezsprzecznie wynikać będzie zgodność produktu opisanego w szczegółowym załączniku potrzeb danego zadania. Zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia w ofercie asortymentu równoważnego (innego niż podany „z nazwy" przez zamawiającego w formularzu ofertowym. Zaproponowane przez wykonawców w ofercie produkty równoważne muszą posiadać minimalne parametry techniczne (jego

rodzaj, konsystencja, skład surowcowy produktu itp.), a także posiadać cechy jakościowe (normy polskie, dopuszczone do stosowania gastronomicznego środki barwiące i konserwujące itp.) i walory spożywcze (skład, smak, zapach, barwa itp.) nie gorsze niż produkty wymienione przez zamawiającego. Wykonawca, który w swojej ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych opisywanych w siwz, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez zamawiającego, poprzez wpisanie nazwy produktu równoważnego w szczegółowym formularzu potrzeb danego zadania stanowiącym integralny załącznik do formularza oferty 9załącznik nr 1 do siwz). Zgodnie z pkt. 12 rozdziału III siwz w zakresie zaoferowanych dostaw artykułów równoważnych wymienionych w poszczególnych zadaniach przez wykonawców w szczegółowym formularzu potrzeb, po stronie wykonawcy będzie bezsprzeczne udowodnienie, że zamiennik jest równoważny lub lepszy pod względem jakości. Na tę okoliczność zamawiający będzie miał prawo każdorazowo w przypadku wątpliwości żądać kart charakterystyki danego produktu, wydanych przez producenta lub innego odpowiedniego do celu dokumentu dla danej dostawy. Na podstawie rozdziału VIII pkt. 3 ppkt. 2 zawierającego wykaz innych oświadczeń i dokumentów składanych przez wszystkich wykonawców, zamawiający wymagał w przypadku zaproponowania w ofercie artykułów równoważnych – należało dla każdego równoważnego artykułu dołączyć do oferty kartę produktu lub inny dokument, pozwalający w sposób bezsprzeczny ocenić pozytywnie zaproponowany artykuł jako równoważny. Analogiczne postanowienia zawiera rozdział XV Zawartość oferty pkt. 9.
W załączniku nr 1 do siwz w szczegółowym formularzu potrzeb dla zadania 6 w pkt. 4 zamawiający opisał produkt: Jogurt owocowy S. „Z." opak. 125g, różne smaki, skład: mleko, 5,5% wsad owocowy, cukier, syrop glukozowo- fruktozowy, mleko zagęszczone odtłuszczone. Opakowanie jednostkowe kubek z tworzywa sztucznego przeznaczony do kontaktu z żywnością. Konsystencja gęsta, kremowa, zawierający żywe kultury bakterii, zawartość tłuszczu 2%, zawartość cukru do 10g/100g gotowego wyrobu, bez dodatku substancji słodzących. O wystarczająco długiej dacie ważności min 12 dni od daty dostawy i w poz. 14 serki homogenizowane różne smaki „D." 140g. Skład: twaróg odtłuszczony z mleka, śmietanka, woda, cukier. Opakowania jednorazowe kubek z tworzywa sztucznego przeznaczony do kontaktu z żywnością. Zawartość cukru do 10g/100g gotowego wyrobu, bez dodatku substancji słodzących. O wystarczająco długiej dacie ważności min 12 dni od daty dostawy.
Odwołujący zaoferował wykonanie zadania nr 6 za cenę 84 430,55zł. W ofercie odwołującego na str. 3 znajduje się wypełniony szczegółowy formularz potrzeb dla zadania 6, gdzie w poz. 4 i 14 odwołujący oświadczył, że oferuje odpowiednio jogurt owocowy S. „Z." opak. 125g str. 1 formularza i serki homogenizowane różne smaki „D." 140g.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe A. sp. z o.o. zaoferował wykonanie

zadania 6 za cenę 88 918,31zł. i zawarło w swojej ofercie w poz. 4 produkt D..
Zaś Spółdzielnia Mleczarska „B. w Chełmie zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 82 523,05zł. a w poz. 4 podała jogurt owocowy „S.” Z. 125g, oraz w poz. 14 serek homogenizowany „D.” D. 140g.
W dniu 22 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ich ofert, co do oferty odwołującego i Spółdzielni Mleczarskiej B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, gdyż w poz. 4 i 14 zaoferowane przez wykonawców produkty nie są zgodne z opisem w siwz, gdyż producent nie posiada w ofercie wyrobu posiadającego mniej niż 10g/100g cukru. Produkty przewyższają granicę dopuszczalności określoną przez zamawiającego. Co do wykonawcy A., to zamawiający odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, gdyż zaoferowany jogurt D. zawiera w swoim składzie mleko kozie pasteryzowane, a zamawiający wymagał jogurtu mającego w swoim składzie mleko zagęszczone odtłuszczone. Zamawiający jednocześnie poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy to jest z braku ofert nie podlegających odrzuceniu.
W dniu 22 grudnia 2016r. A. złożył do zamawiającego pismo nazwane protestem, w którym podniósł, że mleko zagęszczone odtłuszczone nie wpływa na brak równoważności produktu, gdyż jego celem jest jedynie zagęszczenie produktu i uniknięcie rozdzielania się serwatki, ale jest to mleko mniej wartościowe i niezalecane przez dietetyków, także zaoferowany przez A. skład jest lepszy niż wymagany przez zamawiającego.
W dniu 23 grudnia 2016r. zamawiający przywrócił ofertę A. do postępowania. W dniu 28 grudnia 2016r. zamawiający poinformował o podtrzymaniu decyzji co do odrzucenia ofert odwołującego i Spółdzielni Mleczarskiej B. i o przywróceniu oferty A. oraz przywróceniu postępowania na zadanie 6. Jednak z uwagi na wniesienie odwołania zamawiający w tej dacie powstrzymał się z dalszymi czynnościami.
W dniu 30 grudnia 2016r. zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy wskazując, iż wymagał zaoferowania jogurtu owocowego „S.” Z. opakowanie 125g i serka homogenizowanego D. 140g i jednocześnie zamawiający wskazał na postanowienia rozdziału III pkt. 10 siwz, co do wymogów dla ofert równoważnych. Zamawiający podał opis równoważności w tym wymogi dotyczące zawartości cukru tj. maksymalnie 10 g cukru na 100 g produktu. Podane przez zamawiającego produkty referencyjne nie spełniały wymogów równoważności, tj. dla produktów równoważnych zamawiający postawił surowsze wymagania niż dla produktu referencyjnego. W ocenie zamawiającego taki opis był sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, był niejednoznaczny i utrudniał uczciwą konkurencję. Postępowanie zaś dotknięte zostało wadą nieusuwalną na etapie postępowania po otwarciu

ofert. Wada ta w ocenie zamawiającego uniemożliwia mu zawarcie ważnej umowy, co może mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia na datę składania odwołania oraz mógł ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przepisu ustawy przez zamawiającego, co spełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy. Izba zwraca uwagę zamawiającego na fakt, że interes w uzyskaniu zamówienia ma istnieć na datę wnoszenia odwołania, zatem dalsze czynności zamawiającego (poprawa błędów rachunkowych) nawet prowadzące do odpadnięcia tego interesu nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienie udziela się wyłącznie

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego wskazany przez zamawiającego w poz. 4 i 14 szczegółowego formularza potrzeb dla zadania nr 6 zamawiający podał nazwy produktów referencyjnych oraz ich parametry techniczne i cechy jakościowe, które miały stanowić punkt odniesienia i oceny dla ofert równoważnych. Jednak zamawiający w tym zespole cech zawarł cechę, której nie spełnia produkt referencyjny tj. zawartość cukru do 10g na 100g gotowego produktu, tym samym zamawiający uniemożliwił wykonawcom złożenie niepodlegających odrzuceniu ofert na produkty referencyjne. W ocenie Izby takie działanie prowadzi na naruszenia tak zasady proporcjonalności jak i równego traktowania. Jednak mimo stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego tego przepisu postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy oddaliła odwołanie w zakresie tego naruszenia, gdyż w dniu 30 grudnia 2016r. zamawiający dostrzegł wadliwość postępowania samodzielnie i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy. W ocenie Izby powoduje to, że stwierdzone naruszenie nie ma już wpływu na wynik postępowania.

9

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP przez unieważnienie postępowania mimo iż w postępowaniu została złożona oferta nie podlegająca odrzuceniu.

Zarzut nie potwierdził się. W myśl art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Odwołujący wprawdzie nie sformułował podstawy prawnej zarzutu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy jednak kwestionował odrzucenie swojej oferty na tej podstawie i domagał się przywrócenia jej do postępowania, oraz uznania za najkorzystniejszą, zatem dla rozstrzygnięcia odwołania konieczne było powołanie również i tej podstawy prawnej. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie zakwestionował stanowiska zamawiającego, że jogurt „S." Z. i serek „D." mają zawartość cukru mniejszą lub równą 10g na 100 g gotowego produktu, mimo że takie wymaganie postawił zamawiający w treści siwz. Odwołujący podnosił jedynie, że nie wolno zamawiającemu odrzucić oferty oferującej produkt podany z nazwy przez samego zamawiającego. Jednak w ocenie Izby zamawiający nie określił produktu jedynie nazwą, ale również podał jego parametry techniczne i cechy jakościowe, zatem aby treść oferty odwołującego odpowiadała treści siwz jego produkt powinien te wszystkie elementy spełniać, a jeśli jakiejś cechy produkt zamawiany standardowo oferowany na rynku nie spełnia jak zawartość cukru, to albo odwołujący mógł to kwestionować odwołaniem na opis przedmiotu zamówienia przed złożeniem oferty, albo rozważyć konieczność zaoferowania zamawiającemu produktu równoważnego o wymaganych parametrach technicznych i cechach jakościowych lub lepszego. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający prawidłowo ocenił, że zaoferowane produkty nie odpowiadają treści siwz pod względem cechy jakościowej – niskiej zawartości cukru w produkcie. Odrzucenie oferty odwołującego było zatem prawidłowe, a ponieważ na datę wnoszenia odwołania wszystkie pozostałe oferty były odrzucone, to zamawiający prawidłowo zastosował art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 2 pkt 5) PZP przez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

10

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Przepis art. 2 ust. 5 ustawy stanowi, że najkorzystniejsza oferta, to oferta:

a) Która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która

najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo

b) Z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.

Biorąc pod uwagę fakt, że zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy nie potwierdził się, zaś naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy nie ma wpływu na wynik postępowania, to w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający miał obowiązek unieważnić i tak się w niniejszym postępowaniu stało, zatem nie mogło dojść do skutecznego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……