

Sygn. akt: KIO 660/16

POSTANOWIENIE
z dnia 06 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 06 maja 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21- 002 Jastków** w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej „Leśny”, ul. Tułowicka 3, 01-974 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Veggo K i J Bis Sp. Jawna, ul. Słowicza 15 lok. 2, 02-170 Warszawa** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21- 002 Jastków** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „dostawy artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej „Leśny”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 69000 - 2016, data zamieszczenia 25.03.2016 r., przez Dom Pomocy Społecznej „Leśny”, ul. Tułowicka 3, 01-974 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 22.04.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Veggo K i J Bis Sp. Jawna, ul. Słowicza 15 lok. 2, 02-170 Warszawa zwanej dalej: „Veggo K i J Bis Sp. Jawna” albo „Przystępującym”. Oferta złożona przez Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21- 002 Jastków zwana dalej: „Almax-Dystrybucja Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 22.04.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

- (i) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp - poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert
- (ii) poprzez zaniechanie poprawy pomyłek w ofercie Odwołującego o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp
- (iii) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu;
- (iv) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu
- (v) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą

W związku z powyższym wnosimy o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:

- (1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- (2) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez Veggo KiJ Bis Sp. Jawna, jako oferty najkorzystniejszej;
- (3) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- (4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu a nie podlegających odrzuceniu;
- (5) obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający prowadzi postępowanie m.in. na dostawę artykułów spożywczych, w którym Wykonawca złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ i udokumentował spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty na podstawie przesłanek: *"Zamawiający pismem z dnia 01.04.2016 oraz pismem z dnia 04.04.2016 r. zmodyfikował załącznik nr 5 do SIWZ- Kalkulacja cenowa - opis przedmiotu zamówienia, publikując za każdym razem zmodyfikowany załącznik na stronie internetowej, Wykonawca nie uwzględnił jednak modyfikacji w poz.120 sałatka szwedzka słodka - Zamawiający po modyfikacji wymagał zaoferowania gramatury 780g natomiast Wykonawca pozostawił w tej pozycji zapis_ z którego nie wynika jaką gramaturę zaoferował (...) dodatkowo Wykonawca nie uwzględnił ww. modyfikacji w poz. 126 "sosy jak domowe - pieczeniowy ciemny" tym samym Zamawiający wymagała zaoferowania gramatury 29g, a Wykonawca zaoferował 20 g". Zdaniem Zamawiającego: "Wyżej wymienione błędy nie stanowią innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, dlatego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy".*

Zdanie Odwołującego w tej sprawie jest całkowicie odmienne. Jak słusznie zauważył Zamawiający Almax- Dystrybucja Sp. z o.o. w poz. 120 sałatka szwedzka słodka pozostawił zapis z pierwotnego brzmienia załącznika 5 do SIWZ w tej sytuacji Zamawiający winien potraktować brak zmian jako oczywistą omyłkę pisarską i ją poprawić.

Podobnie w poz. 126 sosy jak domowe omyłka jest wynikiem pozostawienia zapisu z pierwotnego brzmienia załącznika nr 5 do SIWZ. Zaznaczył że w ostatecznym brzmieniu załącznika nr 5 Zamawiający nie pozostawił w tych pozycjach miejsca na zaoferowanie produktów o dowolnej gramaturze, a żądał zaoferowania produktów o konkretnej określonej gramaturze, którym zaoferowane przez Odwołującego produkty całkowicie odpowiadają (wskazani producenci nie produkują produktów w gramaturach omyłkowo wskazanych przez Odwołującego). Mając jakiegokolwiek wątpliwości co do intencji Odwołującego, Zamawiający mógł wezwać do wyjaśnienia w tym temacie - czego nie uczynił. Zdanie Odwołującego

poparte jest linią orzecniczą KIO reprezentowanej w wyrokach o sygn. akt: KIO 2784/15; KIO 793/14; KIO 431/14, KIO 996/14. Zwrócił także uwagę że KIO w wyroku z 12.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10 stwierdziła że, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wprowadzony został w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń drobnych różnic itp.

Przechodząc do zarzutu błędnie zastosowanej stawki VAT w przypadku poz. 97 "*spody do tortów 3 warstwy*" produkowane pod marka Delecta podtrzymujemy, nasze zdanie co do słusznego zastosowania stawki VAT w wysokości 8 %, a także do prawidłowego zakwalifikowania wskazanego produktu do grupy PKWiU 10.71.12.0 - w załączeniu przekazujemy interpretację indywidualną ITPP1/443-665/1113 -S/IK.

W tej sytuacji nie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia aktualnej polisy OC traktujemy jako błąd oczywisty, nie wymagający komentarza.

Błędnie podjęta decyzja o odrzuceniu oferty ALMAX-DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z postępowania - powoduje, iż wszystkie pozostałe decyzje prowadzące do wyboru oferty wskazanej w piśmie z 22.04.2016 r. - muszą być unieważnione, a działania Zamawiającego wykonane powtórnie - przy uwzględnieniu oferty Odwołującego.

Zamawiający w dniu 29.04.2016 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.05.2016 r. wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Veggo K i J Bis Sp. Jawna, zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 04.05.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Dyrektora mgr M. W. umocowaną zgodnie z ciągiem dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 05.05.2016 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 07.03.2016 r. wezwał Veggo K i J Bis Sp. Jawna na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 06.05.2016 r. (e-mail) Veggo K i J Bis Sp. Jawna - Przystępujący po stronie Zamawiający poinformował w odpowiedzi na wezwanie z dnia 05.05.2016 r., iż nie wnosi, w trybie art. 186 ust. 3-5 Pzp, sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołanie w całości przez Zamawiającego.

W dniu 06.05.2016 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 02.05.2016 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron. Nie stawił się - na posiedzenie z udziałem stron – Przystępujący mimo prawidłowego zawiadomienia i nie zniesienia terminu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, Izba – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 660/16 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Izba, dodatkowo wskazuje, że Przystępujący został prawidłowo poinformowany o terminie posiedzenia. Wykonawca otrzymał również kopie odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, zgodnie z informacją zawartą na niniejszym piśmie z 04.05.2016 r., co także na posiedzeniu potwierdził Zamawiający. Izba uznaje, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest Przystępujący, rozumie status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i zna wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Dodatkowo Izba wzięła także pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby

Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....