

POSTANOWENIE
z dnia 23 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2020 r. przez wykonawcę **Linde Gaz Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie przy ul. prof. Michała Życzkowskiego 17 (31-864 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie** z siedzibą w Lubartowie przy ul. Cichej 14 (21-100 Lubartów)

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Linde Gaz Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie, 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 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, p.n. *Dostawa gazów medycznych wraz z dzierżawą zbiornika i butli* (znak sprawy: ZP/16/2020), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lipca 2020 r., pod numerem 564749-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zwany dalej: „odwołującym” w dniu 8 września 2020 r. wniósł odwołanie na niżej wskazane czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjęte w postępowaniu powodujące naruszenie podstawowych przepisów Pzp:

- naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - Air Liquide Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej: „Air Liquide”), która powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, z uwagi na fakt, że jest ona niezgodna z ustawą, (w nawiązaniu do art. 82 ust. 3: *Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia* oraz wypełnienie przesłanki z art. 87, ust. 1: *W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści*), powyższe stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp;
- badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - Air Liquide, która powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powyższe stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w nawiązaniu do art. 29 ust. 1 Pzp;

- wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp;
- z ostrożności możliwość naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp w nawiązaniu do art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ze względu na fakt, ewentualne błędy popełnione przez zamawiającego dokumentacji
- postępowania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie mogą skutkować wobec wykonawców, którzy składając ofertę, działali pod wpływem tego błędu;
- z ostrożności badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - Air Liquide, która powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powyższe stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w nawiązaniu do art. 3 ust. 1 art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r.;
- z ostrożności badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - Air Liquide, która powinna zostać przez zamawiającego wykluczona, z uwagi na fakt, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła ona informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powyższe stanowi naruszenia art. 24, ust. 1, pkt. 17 Pzp;
- z ostrożności badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - Air Liquide, która powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, z uwagi na fakt, została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w nawiązaniu do art. 24 ust. 1, pkt. 17 Pzp), powyższe stanowi naruszenie art. 89 ust. 1, pkt. 5 Pzp.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- powtórzenie czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert w niniejszym postępowaniu;
- powtórzenie czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert w pakiecie nr 2;
- odrzućcie w pakiecie nr 2 oferty wykonawcy: Air Liquide, ponieważ treść tej oferty jest niezgodna z ustawą, w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp;
- odrzućcie w pakiecie nr 2 oferty wykonawcy: Air Liquide, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp;
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 2 bez uwzględniania oferty firmy: Air Liquide, której treść jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp), jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp);
- z ostrożności unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 2, ze względu iż istnieje możliwość iż postępowanie w w/w części jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp);
- z ostrożności wykluczenie w przedmiotowym postępowaniu firmy Air Liquide, ponieważ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiła ona informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do wykluczenia wykonawcy w myśl art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp;
- z ostrożności odrzucenie w pakiecie nr 2 oferty wykonawcy: Air Liquide, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp;
- z ostrożności odrzucenie w pakiecie nr 2 oferty wykonawcy: Air Liquide, ponieważ treść tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp;
- w konsekwencji uznania oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 2 jako najkorzystniejszej, a także zwrot na rzecz kosztów postępowania w sprawie niniejszej.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jak wynika z dokumentacji przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 17 września 2020 r., zamawiający w dniu 10 września 2020 r. przesłał wykonawcy Air Liquide kopię odwołania wraz z informacją, że może on zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii i odwołania, wskazując

stronę do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Po analizie całości dokumentacji zebranej w aktach sprawy Izba ustaliła, że w postępowaniu nie zostało zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym. Tytułem wyjaśnienia należy podać, że w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego znajduje się informacja oraz dokumenty wskazujące, że wykonawca Air Liquide przygotował dokumenty w celu zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego i przesłał je zamawiającemu. Zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Jak wynika z powyższego jednym z wymogów formalnych skutecznego zgłoszenia przystąpienia jest doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skład orzekający ustalił, że wykonawca Air Liquide nie doręczył zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Izby. Jediną korespondencją przekazaną przez ww. wykonawcę był przesłany w dniu 15 września 2020 r. za pomocą Elektronicznej Skrzynki Podawczej na portalu ePUAP, niewypełniony blankiet służący do zgłoszenia przystąpień. Jak wskazano powyżej przesłany blankiet nie został wypełniony oraz nie zawierał żadnych dokumentów. Informacja wskazująca, że został on przekazany przez wykonawcę Air Liquide wynika z wydruku Urzędowego Poświadczenia Przedłożenia, w którym została podana nazwa nadawcy, a data poświadczenia i doręczenia wskazuje na dzień 15 września 2020 r., godz. 9:32:01. W związku z powyższym Izba nie mogła uznać, że przystąpienie zostało zgłoszone, a tym bardziej, że było skuteczne.

W dniu 23 września 2020 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp oświadczył, że uznaje odwołanie w całości i wniosł o:

- umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron;
- wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp - W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają w postępowaniu poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem przybrało postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp uznając, że znoszą się one wzajemnie. Jednocześnie mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: