

Sygn. akt: KIO 3362/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 30 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę, BOXMET Medical sp. z o.o. w Pieszcach w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, NEOMED Polska Sp. z o.o. w Piasecznie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy BOXMET Medical sp. z o.o. w Pieszcach, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3362/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę Plecaka Ratownika Medycznego”, sprawa nr WOFiTM/46/2024.PN. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2024 r., pod nr: 2024/S 133-410675. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 16 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BOXMET Medical sp. z o.o. od czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie Części 1 i uznaniu za taką oferty wykonawcy NEOMED Polska Sp. z o.o. (dalej: „NEOMED”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty NEOMED pomimo, że oferta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty NEOMED pomimo, że oferta pozostaje nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty NEOMED pomimo, że wykonawca nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych pomimo wyczerpania trybu/braku możliwości uzupełniania tych dokumentów,

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów odwołania skutkujących odrzuceniem oferty NEOMED:

- 5) zaniechanie wezwania NEOMED do uzupełnienia przedmiotowych środków

dowodowych w trybie art. 107 ust 2 PZP,

- 6) poprawienie omyłki w treści oferty w zakresie terminu realizacji zamówienia opcjonalnego w trybie art. 223 ust 2 pkt 3 PZP

oraz samodzielnie:

- 7) zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów postępowania, tj. przekazanych wraz z pismem z dnia 8 sierpnia 2024 r. 60 załączników.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”), tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NEOMED pomimo, że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NEOMED pomimo, że oferta pozostaje

nieważna na podstawie odrębnych przepisów,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NEOMED pomimo, że wykonawca nie złożył wymaganych przedmiotowych środków

dowodowych, pomimo wyczerpania trybu/braku możliwości uzupełniania tych dokumentów;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów odwołania skutkujących odrzuceniem oferty NEOMED:

4. art. 107 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania NEOMED do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
5. art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez poprawienie omyłki w treści oferty w zakresie terminu realizacji zamówienia opcjonalnego;

oraz samodzielnie:

6. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm., dalej: „ustawa ZNK”) w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów postępowania, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez NEOMED jako tajemnica przedsiębiorstwa, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 1 postępowania, odrzucenie oferty NEOMED w zakresie Części 1 oraz, ewentualnie wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych NEOMED w zakresie Części 1, poprawienie omyłki w treści oferty w zakresie terminu realizacji zamówienia i odrębnie, odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa NEOMED dokumentów i informacji zgodnie z uzasadnieniem odwołania.

Jak uzasadnił w odwołaniu, wykonawca NEOMED zaoferował opatrunki hydrożelowe Burncare Relieve Burn Gel, wyprodukowane przez firmę Roosin Medical Co. Ltd., przeznaczone wyłącznie do oparzeń I i II stopnia, zaś Zamawiający wymagał zaoferowania produktu w postaci opatrunku przeznaczonego do wszystkich oparzeń termicznych bez względu na ich stopień (pkt 30 i 31 OPZ). Podobnie w zakresie wymagania, aby aby opatrunek spełniał poziom cytotoxyczności wymagany normą PN-EN ISO 10993-5 przez akredytowany ośrodek badawczy, zaś NEOMED złożył wraz z ofertą jedynie zapewnienie w zakresie cytotoxyczności, że jest w posiadaniu karty charakterystyki (MSDS) oraz badań potwierdzających bezpieczeństwo w zakresie biokompatybilności i cytotoxyczności, przeprowadzonych przez akredytowany ośrodek badawczy zgodnie z normą PN-EN ISO

10993-5. Odwołujący zlecił wykonanie badania poziomu cytotoxyczności opatrunku oferowanego przez wykonawcę NEOMED w akredytowanym ośrodku badawczym – Narodowym Instytucie Leków. Wynika z niego, że opatrunek jest cytotoxyczny, co oznacza, że nie spełnia wymagań Zamawiającego. W ocenie Odwołującego przedstawione informacje oraz dowody załączone do odwołania spójnie potwierdzają, że zaoferowany przez NEOMED hydrożel jest niezgodny z warunkami zamówienia, co oznacza, że jego oferta podlega odrzuceniu (art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP). Dodatkowo, jako powód odrzucenia oferty NEOMED na tej podstawie, Odwołujący wskazał fakt, że wykonawca ten zaoferował realizację zamówienia opcjonalnego w terminie do dnia 30 listopada 2024 r., pomimo, iż Zamawiający wymagał dochowania terminu 29 listopada 2024 r. (Rozdział III pkt 5 ppkt 2 SWZ). Ponadto, według Odwołującego, producent zaoferowanego przez NEOMED kołnierza ortopedycznego, Xiamen Dahton Meditech Co., Ltd nie produkuje już tego asortymentu co najmniej od 10 lipca 2024 r. – powyższe oznacza, że już na dzień złożenia oferty w przetargu wykonawca miał pełną świadomość, że w tym zakresie oferta jest ofertą dla pozorów – względnie nie weryfikując powyższego na etapie złożenia oferty spowodował, że brak jest możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą asortymentu jaki zaoferował w przetargu. Tym samym, zdaniem Odwołującego, oferta NEOMED podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 PZP. Co więcej, na wezwanie Zamawiającego, wykonawca NEOMED, w wyznaczonym terminie dokonał uzupełnienia wymaganej karty katalogowej karabińczyka, jako elementu oferowanego zestawu do ewakuacji, jednak wg Odwołującego, uzupełniony dokument potwierdza, że zaoferowany asortyment jest niezgodny z warunkami zamówienia, tj. nie jest jednolicie czarny (pkt 56 OPZ), lecz srebrno-czarny. Odnośnie zarzutu dotyczącego bezskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że dotyczy to 60 pozycji dokumentów, załączonych do pisma z 29 lipca 2024 r. Wg BOXMET Medical sp. z o.o., NEOMED nie wykazał przesłanek objęcia zastrzeżonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zarzutów odwołania, BOXMET Medical sp. z o.o. wskazał również na błędne oświadczenie NEOMED zawarte w ofercie w odniesieniu do norm równoważnych w stosunku do zawartych w OPZ. „W odniesieniu do poz. 1 oświadczenia – błędnie powołano normę ISO 3801. Neomed w piśmie wskazuje, że norma DIN 53354 jest równoważna z ISO 3801. Podane normy nie mogą być stosowane równoważnie, ponieważ dotyczą dwóch różnych parametrów. Norma DIN 53354 dotyczy gęstości liniowej wyrażanej w dtex a norma ISO 3801 dotyczy gramatury wyrażanej w g/m². W odniesieniu do poz 2 i 3 błędnie podano normy wg OPZ. W odniesieniu do poz. 4 w poz. „norma równoważna” podana błędną normę – powinna być ISO 1421/1 Powyższe oznacza konieczność

wezwania do uzupełnienia PSD w trybie art. 107 ust 2 Pzp." Wg Rozdziału VIII ust. 1 SWZ, Zamawiający wymagał, aby złożone przedmiotowe środki dowodowe zawierały w szczególności identyfikację producenta oferowanego asortymentu, której nie posiadają dokumenty złożone

przez NEOMED w postępowaniu. Na koniec, Odwołujący podniósł, że postępowanie jest prowadzone w języku polskim, zaś Zamawiający nie dopuszczał możliwości złożenia dokumentów w języku obcym bez ich tłumaczenia na język polski. Wykonawca NEOMED złożył zaś w postępowaniu dokumenty, wyłącznie w języku obcym bez ich tłumaczenia na język polski, tj. pliki o nazwie „P.1 Poz.33-35 P.2 32-34 P.3 Poz.34-36 Dokumenty dopuszczające. BES”, które nie zawierają tłumaczenia ostatniego z zeskanowanych dokumentów tj. „Notified Body Confirmation Letter.” W związku z tym, konieczne jest wezwanie NEOMED do uzupełnienia tłumaczenia na język polski, na podstawie art.107 ust. 2 PZP.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę: NEOMED Polska sp. z o.o. w Piasecznie – po stronie Zamawiającego wraz z wnioskiem o oddalenie odwołania.

Dnia 24 września 2024 r. wpłynęło pismo Odwołującego informujące o unieważnieniu przez Zamawiającego dokonanej czynności wyboru oferty w zakresie pakietu nr 1 z dnia 5 września 2024 r. oraz o zawiadomieniu Odwołującego oraz innych wykonawców o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w powyższym zakresie. Mając to na uwadze, Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 PZP. W tym samym dniu, tożsama informacja oraz wniosek wpłynęły ze strony Przystępującego.

W odpowiedzi z dnia 26 września 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wskazał, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr VII odwołania dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia 60 załączników do pisma z dnia 8 sierpnia 2024 r., tj. naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 PZP, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 PZP. W pozostałym zakresie, tj. co do zarzutów I-VI odwołania, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 PZP wskazując, że 23 września 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 dokonanej 5 września 2024 r. o zawiadomił wykonawców o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w tym zakresie.

W związku z powyższym, działając w wykonaniu wezwania, Przystępujący pismem z dnia 27 września 2024 r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego VII zarzutu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego po wniesieniu odwołania, polegającymi na dokonaniu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 23 września 2024 r. – postępowanie podlega umorzeniu w części co do zarzutów I-VI. W pozostałej części, tj. co do zarzutu VII, postępowanie podlega umorzeniu z uwagi na

uwzględnienie odwołania w tej części przez Zamawiającego i brak sprzeciwu ze strony Przystępującego NEOMED.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 PZP, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Jednocześnie wskazuje się, że hipotezą ww. przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia/zniesienia/likwidacji czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. W tej sytuacji, spór staje się bowiem bezprzedmiotowy. W niniejszej sprawie, substratem zaskarżenia, na moment wniesienia odwołania była czynność wyboru najkorzystniejszej oferty NEOMED w sposób uznany przez Odwołującego jako naruszający przepisy PZP. Niemniej, na moment orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, czynności te zostały usunięte, skoro Zamawiający unieważnił wybór oferty. Tym samym, nie ma już czynności, do której odnosi się Odwołujący w odwołaniu – na skutek modyfikacji, nadano tym postanowieniom inne brzmienie. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw do analizy zaskarżonych a usuniętych następnie czynności Zamawiającego lub ich skutków i do ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Nie może być zatem podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego stało się zbędne.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosili się zarzuty I-VI odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego w zakresie wynikającym z zarzutów I-VI odwołania.

Zgodnie natomiast z art. 522 ust. 2 i ust. 3 PZP, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz 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. poz. 2437). W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że

dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koszty znosi się wzajemnie, a jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: