Sygn. akt: KIO 2819/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 sierpnia 2024 roku
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
7 sierpnia 2024 roku przez *wykonawcę* ***TOM-MARG ZPCH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie***
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego ***Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Krakowie***
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy ***Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu***

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy ***TOM-MARG ZPCH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie*** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: pietnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

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 2819/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Krakowie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą ***„Usługa prania odzieży i bielizny szpitalnej oraz najem pościeli, fartuchów, ubrań chirurgicznych i prześcieradeł operacyjnych”***

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S 148/2024 z dnia 31 lipca 2024 roku.

W dniu 7 sierpnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa prania odzieży i bielizny szpitalnej oraz najem pościeli, fartuchów, ubrań chirurgicznych i prześcieradeł operacyjnych (znak: ZP-271-38/24), tj. w części dotyczącej:

1. minimalnych wymagań dla wynajmowanego asortymentu, tj. bielizny pościelowej, asortymentu operacyjnego (koszul operacyjnych, prześcieradeł operacyjnych, sterylnego obłożenia operacyjnego, fartuchów operacyjnych, odzieży operacyjnej) w zakresie:

- wymogu, aby bielizna pościelowa dostarczona była jedynie w jednym, wskazanym przez Zamawiającego wariancie kolorystycznym o określonej gramaturze,
- wymogu, aby bielizna pościelowa wpisana była do rejestru wyrobów medycznych,
- wymogu, aby pościel medyczna była dwustronna,
- nadmiernego oraz ograniczającego konkurencję określenia parametrów dla asortymentu operacyjnego, w sposób preferujący konkretnego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) (dalej jako: „ustawa”) tj. zasady równego traktowania wykonawców poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez wadliwe sporządzenie Specyfikacji warunków zamówienia w części dotyczącej Opisu przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji wzoru umowy w opisanym wyżej zakresie, polegające na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wskazanie wymogów, które spełnia jedynie asortyment dostarczany przez konkretnego wykonawcę, co doprowadza do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów oraz jednocześnie eliminuje z postępowania Odwołującego,

który w wyniku ww. czynności Zamawiającego nie może złożyć oferty w postępowaniu, zaś zakwestionowane parametry nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego oraz nie są uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, lecz są nakierowane wyłącznie na ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu,
3. art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący uzasadnia swój interes prawny w złożeniu odwołania wskazując,
iż działania Zamawiającego polegające na sporządzeniu dokumentacji przetargowej
w sposób rażąco sprzeczny z prawem (w zakresie opisu przedmiotu zamówienia
i parametrów asortymentu), poprzez wprowadzenie nieuzasadnionych wymogów minimalnych dla wskazanego wyżej asortymentu skutkują uniemożliwieniem ubiegania się
o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Modyfikacja załączników do SWZ, tj. Opisu przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji wzoru umowy w sposób opisany w niniejszym odwołaniu pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi Odwołującemu ubieganie się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany, zaś Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo w ramach tożsamej jakościowo usługi oferowanej przez Wykonawców.
Odwołujący, w celu wykazania, że wykonawca wyraził pisemną zgodę na przedłużenie terminu wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a mianowicie z podpisanego przez wykonawcę „USŁUGI I HANDEL"N." M.N." dokumentu zawierającego zgodę na przedłużenie związania ofertą do dnia lipca 2024 r. oraz ze sporządzonej w takiej samej formie odpowiedzi na wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny.
Odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania w ww. postępowaniu modyfikacji brzmienia zapisów Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznika nr 1C do SWZ) oraz w konsekwencji wzoru umowy (Załącznika na 3 do SWZ) w zakresie zaskarżonym w odwołaniu poprzez wyeliminowanie lub odpowiednio modyfikację wymogów wskazanych w pkt 1 powyżej, tj.:
- dopuszczenie dzierżawionej pościeli gładkiej w kolorze białym oraz białym w szaro-niebieskie paski, wykonanej z tkaniny o gramaturze 130-140 g/m2,
- dopuszczenie dzierżawionej pościeli gładkiej niebieskiej wykonanej z tkaniny o gramaturze 130-140 g/m2, bez wpisu do rejestru wyrobów medycznych,
- anulowanie wymogu, aby pościel medyczna była dwustronna,
- modyfikację parametrów minimalnych dla asortymentu operacyjnego i dopuszczenie jako równoważnego asortymentu o parametrach wskazanych przez Odwołujący w dalszej części (uzasadnieniu) odwołania,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania,
4. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na wykazanie faktów tam wskazanych.
Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie podnoszonych zarzutów odwołania.

Izba ustaliła:

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2024 roku, przesłany w dniu 13 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ***TOM-MARG ZPCH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie*** powiadomił między innymi o tym, że:
Działając w imieniu Odwołującego, w nawiązaniu do zawiadomienia Zamawiającego z dnia 9.08.2024 r. o unieważnieniu postępowania (nr postępowania: ZP-271-38/24) niniejszym wnosimy o:
1. umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (dalej jako: „ustawa") – w całości,
2. zwrot 100% wpisu od odwołania na rachunek bankowy, z którego go uiszczono tj. nr 48 1050 1445 1000 0090 3067 4155 2
UZASADNIENIE
Odwołujący w dniu 7.08.2024 r. wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji warunków zamówienia - Opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie

przetargu nieograniczonego pn. „Usługa prania odzieży i bielizny szpitalnej oraz najem pościeli, fartuchów, ubrań chirurgicznych i prześcieradeł operacyjnych" (znak: ZP-271-38/24), w części dotyczącej minimalnych wymagań dla wynajmowanego asortymentu, tj. bielizny pościelowej, asortymentu operacyjnego (koszul operacyjnych, prześcieradeł operacyjnych, sterylnego obłożenia operacyjnego, fartuchów operacyjnych, odzieży operacyjnej) w zakresie:
1. wymogu, aby bielizna pościelowa dostarczona była jedynie w jednym, wskazanym przez Zamawiającego wariancie kolorystycznym o określonej gramaturze,
2. wymogu, aby bielizna pościelowa wpisana była do rejestru wyrobów medycznych,
3. wymogu, aby pościel medyczna była dwustronna, 4. nadmiernego oraz ograniczającego konkurencję określenia parametrów dla asortymentu operacyjnego, w sposób preferujący konkretnego wykonawcę.
Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy w zakresie zasady równego traktowania wykonawców poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wskazanie wymogów, które spełnia jedynie asortyment dostarczany przez konkretnego wykonawcę. Odwołujący podkreślił, iż doprowadza to do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów oraz jednocześnie eliminuje z postępowania Odwołującego, który w wyniku ww. czynności Zamawiającego nie może złożyć oferty w postępowaniu, zaś zakwestionowane parametry nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego oraz nie są uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, lecz są nakierowane wyłącznie na ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu.
Odwołujący wniósł m.in. o:
1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania w ww. postępowaniu modyfikacji brzmienia zapisów Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznika nr 1C do SWZ) oraz w konsekwencji wzoru umowy (Załącznika na 3 do SWZ) w zakresie zaskarżonym w odwołaniu poprzez wyeliminowanie lub odpowiednio modyfikację wymogów wskazanych powyżej, tj.:
3 - dopuszczenie dzierżawionej pościeli gładkiej w kolorze białym oraz białym
w szaroniebieskie paski, wykonanej z tkaniny o gramaturze 130-140 g/m2 , - dopuszczenie dzierżawionej pościeli gładkiej niebieskiej wykonanej z tkaniny o gramaturze 130-140 g/m2, bez wpisu do rejestru wyrobów medycznych, - anulowanie wymogu, aby pościel medyczna była dwustronna, - modyfikację parametrów minimalnych dla asortymentu operacyjnego i dopuszczenie jako równoważnego asortymentu o parametrach wskazanych przez Odwołujący w uzasadnieniu odwołania,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Po wniesieniu odwołania z dnia 7.08.2024 r. Zamawiający w dniu 9.08.2024 r. poinformował o unieważnieniu postępowania z uwagi na fakt, iż cena jedynej oferty złożonej
w postępowaniu przetargowym przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż zgodnie z treścią odwołania jedyną ofertę złożyło konsorcjum spółek: CitoNet - Kraków sp. z o.o. (lider) oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. (członek konsorcjum). Skoro unieważniono w całości postępowanie, w zakresie którego zaskarżono ww. dokumentację postępowania, to tym samym doszło do „uchylenia" substratu zaskarżenia, tj. zakwestionowanych postanowień Specyfikacji warunków zamówienia (Opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy). W związku z powyższym przyjąć należy, że skoro Zamawiający unieważnił postępowanie przetargowe to tym samym nie istnieją podstawy do prowadzenia niniejszego postępowania z przyczyn niezależnych od Odwołującego. Wniesienie odwołania było zasadne, jednak wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności faktycznych (unieważnienia postępowania) dalsze prowadzenie postępowania stało się zbędne oraz w istocie niedopuszczalne.
Wobec powyższego, wniosek o umorzenie postępowania oraz o zwrot 100% wpisu od odwołania na rzecz Odwołującego uznać należy za uzasadniony.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2024 roku Zamawiający przesłał w tym samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej informację odnoszącą się do: wartości zamówienia oraz publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz zmian w postępowaniu o zamówienie, informację o zamieszczeniu kopii odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Do pisma zostały załączone dokumenty potwierdzające powyższe okoliczności.

W dniu 16 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła dokumentacją od Zamawiającego.

Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że **pismem z dnia 9 sierpnia 2024 roku Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania**, podając:

Zamawiający, Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Krakowie, działając na podstawie art. 260 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", zawiadamia, że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego.

Uzasadnienie prawne: art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Cena jedynej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przetargowym przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 18 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający podał, że o czynności unieważnienia postępowania powiadomił wykonawców w dniu 9 sierpnia 2024 roku za pomocą środków komunikacji elektronicznej. na podstawie punktu 12 ww. Protokołu Izba ustaliła, że ofert zostały złożone i otwarte w przedmiotowym postępowaniu w dniu 9 sierpnia 2024 roku o godzinie 10:30.

Izba stwierdziła:

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy odwoławczej, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 9 sierpnia 2024 roku Zamawiający ***unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielnie zamówienia.*** Te działania Zamawiającego stanowią podstawę wydania postanowienia o umorzeniu postępowania, bowiem gdy czynność stanowiąca podstawę odwołania nie istnieje – zbędne jest prowadzenie postępowania odwoławczego opartego na tej właśnie unieważnionej czynności.

Wymaga podkreślenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na dzień wydania postanowienia, nie istnieje czynność Zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania, co Izba ustaliła w oparciu o dokumenty przedstawione przez Zamawiającego, w tym w piśmie z dnia 9 lipca 2024 roku. Izba podkreśla również, że w przedmiotowym postępowaniu o zamówieniu doszło już do złożenia ofert oraz ich otwarcia, a w konsekwencji do unieważnienia postępowania.

W oparciu o stanowisko doktryny „podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe.

W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

Wymaga także podkreślenia, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania odwoławczego – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą.

W tym stanie rzeczy wobec spełnienia hipotezy normy wynikającej art. 568 pkt 2 ustawy zaszła podstawa do umorzenia postępowania, co znajduje odzwierciedlenie
w orzecznictwie Izby np. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2022 roku sygn. akt KIO 2557/22; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2022 roku sygn. akt KIO 3052/22; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
12 kwietnia 2023 roku sygn. akt KIO 905/23; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 13 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1557/23: Postanowienie z dnia 24 stycznia 2024 roku sygn. akt KIO 118/24; Postanowienie z dnia 7 marca 2024 roku sygn. akt 650/24; Postanowienie z dnia 10 kwietnia 2024 roku sygn. akt 1035/24.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania
na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku*w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania,* w oparciu o który to przepis Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: ……