

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 20 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 20 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę Boxmet Medical spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pieszcach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie,

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy PARAMEDYK spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markach,

B. wykonawcy Neomed Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze co do zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania – na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, co do zarzutów z pkt 3 i 4 *petitum* odwołania – na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, co do zarzutu wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania – na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.
2. Nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Boxmet Medical spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pieszcach kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem uiszczanego 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 2785/24

Uzasadnienie

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy, pn. „Dostawa wyrobów medycznych do odświeżania Zestawów Ratownictwa Taktycznego”, nr ref. WOFiTM/22/2024/PN.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 marca 2024 r., pod numerem: 52/2024 151560-2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca Boxmet Medical spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pieszcach (dalej: „Odwołujący”) 5 sierpnia 2024 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 9 zamówienia,
- 2) zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Paramedyk i Neomed w częściach 1, 2 i 5 zamówienia,
- 3) czynności oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Neomed i zaniechania odtajnienia zastrzeżonych dokumentów,

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w części nr 9 z tego powodu, że opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej nie spełnia wymagań Zamawiającego, podczas gdy opatrunek spełnia wymagania Zamawiającego, a ocena Zamawiającego została dokonana na podstawie niekompletnej próbki;
2. art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek, które (jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty) były niekompletne;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PARAMEDYK Sp. z o.o., ul. Słoneczna 2H, 05-270 Marki (dalej: „Paramedyk”) w części 5 Postępowania pomimo niezgodności jej treści z treścią dokumentów zamówienia w ten sposób, że zaoferowany przez Wykonawcę Paramedyk hydrożel w butelce nie spełnia wymagań Zamawiającego;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6a, 05-501 Piaseczno (dalej: „Neomed”) w części 1, 2 i 5 Postępowania pomimo niezgodności jej treści z treścią dokumentów zamówienia, w ten sposób, że zaoferowany przez Wykonawcę Neomed

opatrunek hydrożelowy oraz hydrożel w butelce nie spełniają wymagań Zamawiającego;

5.art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy 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 ustawy PZP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. przekazanych wraz z pismem z dnia 30.04.2024 r. 54 załączników, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a pakietach 1, 2, 5 i 9;
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- c) odrzucenie oferty PARAMEDYK w pakiecie 9;
- d) odrzucenie oferty Neomed w części 1, 2 i 5 zamówienia;
- e) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach 1, 2, 5 i 9.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili: wykonawca PARAMEDYK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markach (dalej: „Przystępujący Paramedyk”) oraz wykonawca Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (dalej: „Przystępujący Neomed”).

Pismem z 19 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że:

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 (odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa);
- 2. wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 w zakresie zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty wykonawców zgłaszających przystąpienie w pakietach 1, 2, 5 z uwagi na brak substratu zaskarżenia;
- 3. wnosi o oddalenie zarzutu odnoszącego się do odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 9.

Zamawiający wyjaśnił, że 14 sierpnia unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1, 2 i 5.

Pismem z 19 sierpnia 2024 r. Odwołujący oświadczył, że popiera wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania w zakresie części nr 1, 2 i 5 zamówienia. Unieważnienie czynności wyboru oferty przez Zamawiającego oznacza to, że czynności, wobec których zostało wniesione odwołanie utraciły swój byt i odpadła tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzo. W tej sytuacji dalsze postępowanie stało się zbędne. W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, umarza postępowanie odwoławcze. Odwołujący wskazał, że wnosi o umorzenie na tej podstawie co do zarzutów:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Paramedyk w części 5 Postępowania pomimo niezgodności jej treści z treścią 2 dokumentów zamówienia w ten sposób, że zaoferowany przez wykonawcę Paramedyk hydrożel w butelce nie spełnia wymagań Zamawiającego;
- b) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Neomed w części 1, 2 i 5 Postępowania pomimo niezgodności jej treści z treścią dokumentów zamówienia, w ten sposób, że zaoferowany przez Wykonawcę Neomed opatrunek hydrożelowy oraz hydrożel w butelce nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Następnie Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego w części nr 9 z tego powodu, że opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej nie spełnia wymagań Zamawiającego, podczas gdy opatrunek spełnia wymagania Zamawiającego, a ocena Zamawiającego została dokonana na podstawie niekompletnej próbki;
- b) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek, które (jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty) były niekompletne i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie.

W pozostałym zakresie, Odwołujący oświadczył, że wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy 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 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. przekazanych wraz z pismem z dnia 30.04.2024 r. 54 załączników, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania – Odwołujący wnosi o umorzenie postępowania w odwoławczego w tym zakresie. W razie wniesienia sprzeciwu przez Wykonawcę Neomed, uznania oświadczenia

Zamawiającego jako przyznania racji Odwołującego i uwzględnienia tej okoliczności w toku orzekania.

Izba zważyła co następuje.

Analiza stanu faktycznego sprawy pozwala na wniosek, że na dzień rozpoznania odwołania, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w całości.

W związku z unieważnieniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zaskarżonej przedmiotowym odwołaniem w ramach pakietu 1, 2 i 5, może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Podstawą do umorzenia postępowania jest także stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego.

Izba uznała, że podstawa umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi w okolicznościach tej sprawy w zakresie w jakim postępowanie odwoławcze dotyczy zarzutów wskazanych w pkt 3 i 4 *petitum* odwołania. Zamawiający unieważnił bowiem czynność zaskarżoną odwołaniem, tym samym przestał istnieć przedmiot zaskarżenia w przedmiotowej sprawie odwoławczej. Ponadto z czynności tej wynika, że Zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert. Oceniając złożone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie, Izba miała na uwadze, że w wyniku podjętych czynności wybór oferty najkorzystniejszej w pakietach 1, 2 i 5 objętych odwołaniem został unieważniony i nastąpi powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Po pierwsze, czynność (rozumiana jako wynik badania i oceny ofert) będąca podstawą wniesienia odwołania przestała istnieć, po drugie, w wyniku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający podejmie nowe czynności, na które zainteresowanym podmiotom przysługiwać będą środki ochrony prawnej.

Z kolei w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania, wobec ich wycofania przez Odwołującego, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 art. 522 ust. 2 ustawy Pzp ustawy Pzp.

Natomiast podstawą umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania jest przepis art. 568 pkt 3 ustawy Pzp. W odpowiedzi na odwołanie z 19 sierpnia 2024 r. Zamawiający oświadczył bowiem w pkt I na str. 2/7, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 odwołania tj. naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1 – 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy znk. Podczas posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania Przystępujący Neomed oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp - *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała że w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania zachodzi przesłanka umorzenia postępowania odwoławczego wskazana w art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy oraz brzmienie art. 568 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 9 ust. 1 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. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym koszty stron postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a także nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: