

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 16 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 lipca 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Skamex S.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**, uczestnicy po stronie zamawiającego:

ANMAR sp. z o.o., ul. Strefowa 22, 43-100 Tychy,

Aesculap Chifa sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl,

postanawia:

umorzyć postępowanie odwoławcze,

nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Skamex S.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź, kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczonego 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 2405/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów aptecznych”, numer referencyjny: DFP.271.3.2024.KK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.02.2024 r., nr 28/2024 81950-2024.

W dniu 08.07.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Skamex S.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) w zadaniu nr 7:
 - a) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, mimo że Odwołujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za pomocą rozwiązań równoważnych, co wykazał w uzasadnieniu złożonym wraz z ofertą,
 - b) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANMAR sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego w zakresie części 7 poz. 1,
 - c) ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego pod lit. a i b powyżej – naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie części nr 7, mimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z powołaniem się na produkty pochodzące od jednego producenta, a mimo to nie dopuścił w postępowaniu rozwiązań równoważnych, ani nie opisał kryteriów równoważności, co doprowadziło do naruszenia zasady konkurencyjności postępowania, która to wada jest niemożliwa do usunięcia na tym etapie postępowania, tj. po złożeniu ofert,
- 3) w zadaniu nr 10:
 - a) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania uznając, że w poz. 1, 2, 4, 5 wykonawca zaoferował strzykawkę z cylindrem i tłokiem wykonanym z polipropylenu, co jest niezgodne z wyspecyfikowanym przedmiotem zamówienia, podczas gdy takie samo rozwiązanie w ofercie innego wykonawcy, tj. Aesculap Chifa sp. z o.o. zostało uznane za prawidłowe, jak również uznając, że w poz. 6 Zamawiający wymagał zaoferowania strzykawki „z wyraźną podziałką co 1 ml w całym zakresie, tj. od 1 ml do 60 ml”, a Odwołujący zaoferował strzykawkę ze skalą w niepełnym zakresie, podczas gdy w rzeczywistości

zaoferowana przez Odwołującego strzykawka o dokładnie takim kodzie jak wskazano w ofercie posiada wyraźną podziałkę co 1 ml w całym zakresie, tj. od 1 do 60 ml, a zatem jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego, b)ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego pod lit. a powyżej – art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aesculap Chifa sp. z o.o. z postępowania w zakresie pakietu nr 10, mimo że Zamawiający w poz. 1, 2, 4, 5 wymagał zaoferowania strzykawki „wykonanej z polipropylenu/polioizoprenu (cylinder i tłok – wolne od PCV)”, zaś wykonawca zaoferował strzykawkę z cylindrem i tłokiem wykonanym z polipropylenu.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 7 i nr 10 oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert i w ramach tej czynności:

1)w zadaniu nr 7:

a)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert w uwzględnieniem tej oferty,

b)odrzućenia oferty wykonawcy ANMAR sp. z o.o.,

c)ewentualnie - unieważnienia postępowania w zakresie części na 7 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp,

2)w zadaniu nr 10:

a)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert w uwzględnieniem tej oferty,

b)ewentualnie – odrzucenia oferty wykonawcy Aesculap Chifa sp. z o.o. z postępowania, a następnie unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Pismami z dnia 11.07.2024 r. wykonawcy:

- ANMAR sp. z o.o., ul. Strefowa 22, 43-100 Tychy,

- Aesculap Chifa sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl,

zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że oba przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 15.07.2024 r. Zamawiający poinformował Prezesa Izby, że uwzględni odwołanie w całości, a ponadto dołączył pismo z tego samego dnia skierowane do wykonawców i informujące ich o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powrocie do czynności badania i oceny ofert w częściach nr 7 i nr 10 postępowania.

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

Unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, przestała istnieć. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (w tym wypadku: czynność odrzucenia oferty i czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach nr 7 i 10) nie istnieje, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Skutkiem powyższego jest też bezcelowość wzywania wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego do zgłoszenia ew. sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania, gdyż i tak - jak już wyżej wskazano - przedmiot zaskarżenia po unieważnieniu czynności przez Zamawiającego, przestał istnieć.

Zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Dlatego też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp i nakazała zwrócić Odwołującemu kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: