Sygn. akt: KIO 1794/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Paprocka**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę BIOCHEM POLSKA S.A. w St. Iwicznej postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie

postanawia:

1. zwraca wniesione odwołanie,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz BIOCHEM POLSKA S.A. w S Iwicznej kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 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 1794/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania na dostawę sprzętu jednorazowego użytku, akcesoriów, zestawów grawitacyjnych do podaży cytostatyków oraz linii bocznych, wewnętrzny identyfikator WSzS.DEZ.26.010.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2024 r., pod nr: S/2024 28-83843. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 20 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BIOCHEM POLSKA S.A. w St. Iwicznej od czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Akme Pałejko spółka jawna jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego,
2. wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej,
3. zaniechaniu czynności wezwania do wyjaśnień oferty Odwołującego, co wobec wątpliwości co do spełniania parametrów wymaganych przez Zamawiającego winno być dokonane przez Zamawiającego, zwłaszcza że wobec wykonawcy Akme zastosowana została procedura wyjaśnień w tożsamej sytuacji,
4. odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy oferta ta spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP"), poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wadliwy wybór wykonawcy, naruszając przepisy podane poniższej,
2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Akme Pałejko spółka jawna jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę, której produkt nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie składu produktu, a zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zestawy infuzyjne i linie boczne w pozycji 1-5 pakiet 14 mają być bez ftalanów,
3) art. 223 ust. 1 PZP, ewentualnie art. 107 ust. 2 PZP poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty Odwołującego w zakresie informacji dotyczącej przepływu którego oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego – i to w zakresie szerszym niż wymagany – jednocześnie wzywając do wyjaśnień Wykonawcę Akme Pałejko spółka jawna w tożsamej sytuacji, ewentualnie zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia parametrów zaoferowanego produktu,
4) art. 226 ust.1 pkt 5 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, za skalę 5- 250ml/h dla 10% i 5-200ml/h dla 40% w odniesieniu do wymagania w SWZ dla 5-250ml/h dla 10% i 5-150ml/h dla 20% w sytuacji gdy przy skali dla 40% można podać leki o gęstości 20% w zakresie prędkości od 5-150ml/h, a w konsekwencji

oferowany produkt spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,

5) art. 239 PZP - w konsekwencji powyższych uchybień - poprzez czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Akme Pałejko spółka jawna, w sytuacji, gdy oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na niespełnianie wymagań postawionych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, która winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3) dokonania ponownego badania i oceny ofert , a w ramach tej czynności odrzucenie oferty Wykonawcy Akme Pałejko spółka jawna jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Jak uzasadnił w odwołaniu, Zamawiający oczekiwał wprost zupełnie innego produktu niż produkt zaoferowany przez wykonawcę Akme Pałejko spółka jawna, który nie spełnia parametrów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, toteż oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto, wskazał, że załączony przez tego wykonawcę do formularza asortymentowo-cenowego katalog nie potwierdza zawartych w formularzu informacji dotyczących zaoferowanych w tym postępowaniu produktów, a także nie jest wymaganym przedmiotowym środkiem dowodowym, gdyż może stanowić jedynie oświadczenie własne Akme Pałejko. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, dokumentacja złożona w postępowaniu przez wykonawcę Akme Pałejko nie jest złożona w sposób prawidłowy, a także nie potwierdza zgodności z wymogami SWZ, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy. W ocenie Odwołującego, aby przedmiotowy środek dowodowy uznać za uzupełniony skutecznie, środkiem dowodowym - złożonym wraz z ofertą - powinien być katalog producenta CAIR LGL, a nie katalog Akme Pałejko – wówczas katalog byłby zgodny ze złożonym formularzem asortymentowo-cenowym. W odniesieniu zaś do oferty Odwołujacego, to w świetle odwołania – została ona odrzucona w sposób niesłuszny i niezgodnie z przepisami, bowiem najpierw Zamawiający winien wezwać wykonawcę bądź do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie wątpliwości co do spełniania wskazanego parametru, bądź wezwać Odwołującego do wyjaśnień. „Działania Zamawiającego naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, albowiem Wykonawca Akme był wezwany do wyjaśnień i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, co wobec Odwołującego nie zostało uczynione.” (str. 8 odwołania).

Pismem z dnia 28 maja 2024 r., w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w oświadczył, że uznaje odwołanie i zarzuty w nim zawarte w całości oraz wnosi o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

Do postępowania nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez jakiegokolwiek wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie – w wyniku bezskutecznego uzupełnienia braków formalnych –podlega zwrotowi.

Odwołanie zostało podpisane przez adwokat K.P. dnia 20 maja 2024 r. podpisem zaufanym. Do odwołania dołączono pełnomocnictwo z dnia 22 marca 2024 r. dla adwokat Podwapińskiej do reprezentowania Spółki BIOCHEM POLSKA S.A przed Krajową Izbą Odwoławczą, podpisane w tej dacie, kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez N.K. „działającego w imieniu spółki”. Dołączono również informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 20 maja 2024 r., w którym ujawniono, że Prezesem Zarządu Spółki jest N.K..

Pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Odwołującego do złożenia w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania Odwołującego przez adwokat K.P., tj. wykazujących, że Prezes Zarządu N.K. udzielając pełnomocnictwa w dniu 22 marca 2024 r. był uprawniony do samodzielnej reprezentacji Odwołującego, co nie wynika z załączonej do odwołania informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 20 maja 2024 r., która wskazuje na ostatni wpis dokonany w rejestrze KRS dnia 13 maja 2024 r. W wezwaniu wskazano, iż w świetle informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 4 czerwca 2024 r. Pan N.K. został ujawniony w KRS jako Prezes Zarządu dopiero dnia 13 maja 2024 r., tj. po dniu udzielenia ww. pełnomocnictwa adwokat K.P..

W odpowiedzi, wniesionej w terminie wyznaczonym, adwokat K.P. przedożyła skan uchwały nr 1/2024 Rady Nadzorczej BIOCHEM POLSKA S.A z dnia 23 stycznia 2024 r. w sprawie powołania Prezesa Zarządu Spółki (elektroniczną kopi dokumentu), potwierdzenie złożenia wniosku o wpis zmian w rejestrze przedsiębiorców KRS z dnia 3 kwietnia 2024 roku w postaci elektronicznej oraz tzw. odpis pełny KRS spółki (dokument elektroniczny). Wskazała ponadto, iż zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS zasady reprezentacji spółki wskazane w Dziale 2 rubryka 1 nie uległy zmianie, a zatem każdy członek zarządu spółki jest uprawniony do jej samodzielnej reprezentacji Spółki.

Izba stwierdziła, iż brak jest potwierdzenia, że na dzień 22 marca 2024 r., tj. dzień udzielenia pełnomocnictwa adwokat K.P., N.K. był Prezesem Zarządu Odwołującego, upoważnionym do samodzielnej reprezentacji Spółki. Nie wynika to ani z załączonej do odwołania informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 20 maja 2024 r. (która wskazuje na ostatni wpis dokonany w rejestrze KRS dnia 13 maja 2024 r. – co oznacza, że dane w nim ujawnione są aktualne wyłącznie w okresie 13 maja – 20 maja 2024 r., czyli nie na dzień 22 marca 2024 r.), ani z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 4 czerwca 2024 r., w świetle której N.K. został ujawniony w KRS jako Prezes Zarządu dopiero dnia 13 maja 2024 r., tj. po dniu udzielenia ww. pełnomocnictwa adwokat K.P., ani też ze złożonych w uzupełnieniu braków formalnych odwołania dokumentów, w szczególności uchwały nr 1/2024 Rady Nadzorczej Spółki z dnia 23 stycznia 2024 r. w sprawie powołania Prezesa Zarządu Spółki. Z kolei, potwierdzenie złożenia wniosku o wpis zmian w rejestrze przedsiębiorców KRS z dnia 3 kwietnia 2024 roku – potwierdza jedynie, że wnioskodawca wnioskował o stosowny wpis na podstawie wskazanych we wniosku dokumentów, które jednak nie zostały przedstawione Izbie. Co więcej, z listy załączników do wniosku wynika, że do KRS złożono m.in. uchwałę o zmianie składu organu reprezentacji, zas jako „datę sporządzenia" tego dokumentu – wskazano 23 lutego 2024 r., a nie 23 stycznia 2024 r. (data ww. uchwały). Tym samym, pogłębiły się wątpliwości Izby co do tego, czy powołanie Prezesa Zarządu N.K. nastąpiło w oparciu o przedmiotową uchwałę nr 1/2024 Rady Nadzorczej z dnia 23 stycznia 2024 r. i czy to w oparciu o tą uchwałę dokonano wpisu do KRS z dniem 13 maja 2024 r.

Izba uznała, że ww. dokument w postaci uchwały nr 1/2024 Rady Nadzorczej Spółki z dnia 23 stycznia 2024 r. w sprawie powołania Prezesa Zarządu Spółki, jakkolwiek – w treści wskazuje, że z dniem 1 marca 2024 r. Rada Nadzorcza Odwołującego wybrała na Prezesa Zarządu Spółki Pana N.K. – formalnie nie potwierdza, że N.K. był upoważniony do udzielenia przedmiotowego pełnomocnictwa. Przedstawiony dokument jest skanem uchwały sporządzonej w formie pisemnej. Na dokumencie znajdują się odręczne podpisy trzech osób, głosujących za uchwałą. Tym samym dokument został przedstawiony w postaci elektronicznej. Nie jest to dokument elektroniczny – zgodnie z art. 78^1 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Należy podkreślić, iż po pierwsze, art. 511 PZP wymaga od pełnomocnika przy pierwszej czynności przed Prezesem Izby lub przed Izbą, dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa, z tym że adwokat i radca prawny mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie. Nadto, w świetle art. 508 ust. 1 PZP, pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Skoro, pełnomocnictwo w tym wypadku powinno potwierdzać umocowanie do wniesienia odwołania w imieniu Spółki przez pełnomocnika, to powinno być wniesione w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej z podpisem zaufanym. To samo dotyczy dokumentów wykazujących umocowanie. Pełnomocnictwo z dnia 22 marca 2024 r. zostało podpisane prawidłowo podpisem kwalifikowanym elektronicznym. Tym samym, również uchwała nr 1/2024 Rady Nadzorczej Spółki z dnia 23 stycznia 2024 r. w sprawie powołania Prezesa Zarządu Spółki powinna być przedłożona Krajowej Izbie Odwoławczej albo w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej z podpisem zaufanym (zob. post. Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2022 r., sygn. KIO 994/22). Skoro uchwała ta jest przedłożona w postaci elektronicznej (jest to skan uchwały pisemnej) – to wymagała ona podpisu zaufanego. Dokument ten nie zawiera jednak żadnych podpisów. Brak ten nie podlega uzupełnieniu, skoro zgodnie z art. 518 ust. 3 PZP, w przypadku niepoprawienia, nieuzupełnienia lub niedołączenia dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego w terminie odwołanie zostanie zwrócone.

Podsumowując, oznacza to, iż w aktach sprawy brak jest potwierdzenia, że dnia 22 marca 2024 r., udzielając pełnomocnictwa adwokat K.P., N.K. działał skutecznie w imieniu Spółki Odwołującego. Tym samym, brak jest potwierdzenia, że pełnomocnictwo to zostało udzielone skutecznie – ergo, że umocowuje ww. adwokat do wniesienia odwołania od czynności i zaniechań Zamawiającego w imieniu BIOCHEM POLSKA S.A. w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 518 ust. 1 w zw. z ust. 3 – w powyższym przypadku, wobec nieuzupełnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania Odwołującego, odwołanie podlega zwrotowi. W świetle bowiem art. 517 ust. 1 PZP, odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych. Jak stanowi zaś art. 519 ust. 1 i ust. 4 PZP, po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w , Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia, przy czym w tym zakresie kompetencje Prezesa Izby przysługują również składowi orzekającemu. Odwołanie zwrócone nie wywołuje skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 519 ust. 2 PZP).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 519 ust. 1 i ust. 4 w zw. 518 ust. 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 PZP oraz w oparciu o przepis §6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: …….