

Sygn. akt: KIO 1498/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 17 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **Biachem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Alejkowa 21/9B,**

15-528 Sowiany w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn**

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Szulke Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Al. Jerozolimskie 132 02-305 Warszawa zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1498/24

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Biachem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Alejkowa 21/9B,**
15-528 Sowiany 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 1498/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Dostawa środków dezynfekcyjnych”, nr referencyjny DZP Z/2650/4UEPN/2024 (dalej jako: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 z późn. Zm.) dalej: „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2024 roku pod numerem 57997-2024, numer wydania Dz.U. S: 20/2024.

W dniu 29 kwietnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę **BIACHEM sp. z o.o.** z siedzibą w Sowlanach

(zwanego dalej „Odwołującym”) wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności

lub zaniechań Zamawiającego w zakresie oceny oferty Odwołującego dotyczącej pakietu nr 1 poz. 1, 2, 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) bezpodstawne odrzucenie oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 poz. 1,2,3 pomimo, że oferta złożona przez Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia;
- 2) zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowego środka dowodowego.

Wskutek powyższego w postępowaniu zostały naruszone przepisy:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2) Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oferta Odwołującego w pakiecie nr 1 poz. 1,2,3 jest niezgodna z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy oferta Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego, co za tym idzie poprzez brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 2) art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień przedmiotowego środka dowodowego, tj. karty charakterystyki produktu.

Podnosząc ww. zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. wezwanie Zamawiającego z wyznaczeniem terminu do złożenia odpowiedzi na odwołanie i przesłanie kopii odpowiedzi Odwołującemu;
2. uwzględnienie odwołania w całości;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie

- nr 1 poz. 1,2 i 3;
- 4.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w części nr 1 poz. 1, 2 i 3
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 PLN;
- 6.przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
- 1)Oferty Odwołującego – w aktach postępowania
 - 2)SWZ wraz z załącznikami – w aktach postępowania
 - 3)Oświadczenie firmy Chemi Pharm AS do produktu Ecosoft Wash Lotion Sensitive potwierdzające zawartość alkoholu
- na fakt: bezpodstawnego odrzucenia oferty Wykonawcy; przedłożenia stosownych dokumentów potwierdzających, iż preparat zawiera w swoim składzie wymagane substancje; zgodności zaoferowanego preparatu z wymaganiami Zamawiającego; braku wykazania niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami wskazanymi w SWZ; zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 14 maja 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, że uznał w całości odwołanie złożone w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez firmę BIACHEM Sp. z o.o., ul. Alejkowa 21 lokal B9, 15-528 Sowlany. Ponadto oświadczył, że 13 maja 2024 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Wykonawcę (Odwołującego) do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający dokona ponownego sprawdzenia i oceny ofert a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym na podstawie art. 522 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zastosowanie może znaleźć art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem 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 orzecniczą 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.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała czynność Zamawiającego, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć kwestionowanej czynności Zamawiającego. Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była zaskarżona czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego poprzez uznanie, że oferta ta w pakiecie nr 1 poz. 1, 2, 3 jest niezgodna z warunkami zamówienia, oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowego środka dowodowego.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp 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 o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18). Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Wykonawcę (Odwołującego) do wyjaśnienia treści złożonej oferty, to tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym wobec nowej czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które są wyznaczone treścią wniesionego odwołania. Izba wskazuje również, iż w okolicznościach w których wydanie orzeczenia merytorycznego nie jest możliwe, tj. nie istnieje możliwość rozstrzygnięcia odwołania na korzyść którejkolwiek ze stron, to pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, wniesienia sprzeciwu przez przystępującego po stronie Zamawiającego stało się bezprzedmiotowe.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi

się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.
Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....