

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Pieszcach, Piskorzów 51 i Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Pieszcach, Piskorzów 51 i Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3 tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

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 975/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Dostawa indywidualnych zestawów profilaktycznych - IZP” Oznaczenie sprawy: wofitm/20/2024/TP zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00209059/01 z dnia 2024-02-19.

W dniu 19 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 25 marca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Pieszcach, Piskorzów 51 i Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu i prokurenta lidera konsorcjum zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 28 lutego 2024 r. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołanie wniesiono wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Neoset Profi Spółka z o.o. Szymanów 9E, 05532 Góra Kalwaria (dalej jako „Neoset”) zarzucając naruszenie:

- art. 223 ust 1 ustawy przez prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty wykonawcy Neoset prowadzących zarówno do jej identyfikacji jak i modyfikacji,
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Neoset pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia,
 - w odniesieniu do poz. 1 Formularza 5.1. w przypadku uznania za dozwolone wyjaśnień wykonawcy, który potwierdził fakt zaferowania 3 opakowań po 15g

– naruszenie art. 223 ust 2 pkt 2 ustawy przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w sposób o którym mowa w uzasadnieniu odwołania (przy cenie jednostkowej opakowania zawartej w ofercie), co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu a przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, oraz o:
 - nakazanie zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
 - powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej wyniku:

- odrzucenie oferty wykonawcy Neoset na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy, w przypadku poz 1. Załącznika 5.1. o ile oferta nie podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy
- poprawienie omyłki rachunkowej w treści oferty Neoset w trybie art. 223 ust 2 pkt 2 ustawy z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek-co spowoduje zmianę kolejności ofert w postępowaniu.

Oferta odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana na drugiej po wykonawcy Neoset pozycji rankingowej. Oferta odwołującego mieści się w kwocie jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia zgodnie z informacją jaką przedstawił w dniu 29.02.br. w trybie art. 222 ust. 4 ustawy (kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia - 365 000,00 zł przy cenie oferty odwołującego 325 263,60 zł).

Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty aktualnie wybranej, ewentualnie dokonanie poprawienia omyłki rachunkowej w odniesieniu do poz 1 Załącznika 5.1. skutkuje bezpośrednio na możliwość wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

W dniu 28 marca 2024 r. odwołujący poinformował, że zamawiający po powzięciu informacji o wniesieniu odwołania unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, o czym powiadomił odwołującego już po złożeniu odwołania pismem z 26 marca 2024 r. zamieszczonym na platformie elektronicznej o godzinie 15.15.

Tym samym w związku z faktem, że wobec unieważnienia przez zamawiającego z własnej inicjatywy (nijako poza postępowaniem odwoławczym) zaskarżonych czynności, czynności, których dotyczy odwołanie już nie istnieją.

Odwołujący wniósł, by Izba - na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze ze względu na to, że stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne (por. postanowienie KIO 334/21).

Jednocześnie wniósł o zwrot uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł w pełnej wysokości.

Załączył pismo zamawiającego z dnia 26 marca 2024 r. z godziny 15.15. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zawiadomieniu o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 26 marca 2024 r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba w dniu 2 kwietnia 2024 r. przekazała zamawiającemu pismo odwołującego z dnia 28 marca 2024 r. pouczając o możliwości zajęcia stanowiska jeszcze przed wyznaczonym terminem rozprawy.

Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2024 r. przyłączył się do wniosku o umorzenie postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Strony złożyły zgodny wniosek o umorzenie postępowania z powodu zbędności jego dalszego prowadzenia.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku

z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym 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).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z rozstrzygnięciem Izby w sprawie KIO 365/24 i korzystnych dla odwołującego. Zamawiający zdecydował o konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wezwania do złożenia uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.. O fakcie tym zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący. Dodatkowo wniosek o umorzenie na wskazanej przez Izbie podstawie prawnej złożył odwołujący, posilkując się w tym zakresie stanowiskiem doktryny i orzecznictwa.

Powyższe oznaczają, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania

ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). 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 czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wobec innych wykonawców z powodów, na które wskazywał odwołujący w odwołaniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż 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 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, 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 - 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 unieważnił sporne, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy – 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 wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak

w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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 w całości 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 Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca: