Sygn. akt: KIO 692/24

POSTANOWIENIE
Warszawa z dnia 4 Marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Protokolant : Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i przystępującego w Warszawie w dniu 20 marca 2024r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01-03-2024 r. przez **odwołującego:** Skamex S.A. ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź
w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka" Al. Dzieci Polskich 20, 04-730 Warszawa
przy udziale przystępującego: Labo Clinic Sp. z o.o. w Olsztynie ul. F. Barcza 58/U18, 10-685 Olsztyn

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej przez **odwołującego:** Labo Clinic Sp. z o.o. w Olsztynie ul. F. Barcza 58/U18, 10-685 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.1720) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący: …..……..

Uzasadnienie

Przedmiot przetargu:„postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa systemu zamkniętego do przygotowywania leków cytotoksycznych - dwa pakiety". Pakiet nr. 1 - elementy systemu zamkniętego do przygotowywania leków cytotoksycznych".
Wewnętrzny identyfikator: ZP/CZD/154/23
Ogłoszenie o zamówieniu Dz. Urz. U. 2023/S 213-673014
Odwołujący, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1, polegających na wadliwym wyborze oferty Wykonawcy Labo Clinic Sp. z o.o. (przystępujący) jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego w swz w zakresie kryterium jakościowego „dwuigłowy system transferu leku w strzykawce" i jako taka nie powinna uzyskać 3 punktów.
W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji wadliwy wybór wykonawcy, w związku z naruszeniem wymienionych poniżej przepisów:
- art. 239 Pzp - przez wybór oferty najkorzystniejszej przystępującego z zastosowaniem kryteriów oceny ofert niewskazanych w specyfikacji warunków zamówienia (swz), gdzie zamawiający w sposób uznaniowy przypisał punkty temu wykonawcy, dyskwalifikując odwołującego,
- art. 137 ust. 1 Pzp - przez dokonanie modyfikacji swz po upływie terminu składania ofert, przez ustalenie nowej treści wymagań w zakresie kryteriów oceny ofert w ramach kryterium „Jakość"; - podkryterium „dwuigłowy system transferu leku w strzykawce" i przyznawanie w tym kryterium punktów za nieokreślone wcześniej w swz wymagania, dokonując nieuprawnionej zmiany podkryterium w celu przydzielenia punktów wykonawcy przystępującemu, a także dokonując oceny ofert w nieokreślony w swz sposób;
- art. 16 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez naruszenie zasady przejrzystości i przydzielenie punktacji przystępującemu na sobie tylko znanych kryteriach oceny ofert i bez oparcia rozstrzygnięcia o informacje wynikające z oferty tego wykonawcy
W związku z powyższym odwołujący wniósł o:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - przystępującego,
2. dokonanie powtórnego badania i oceny ofert;
3. przydzielenia punktacji w kryterium 2b „Dwuigłowy system transferu leku w strzykawce. Obecność systemu dwuigłowego" po „0" punktów dla obydwu wykonawców alternatywnie w przypadku, jeśli zamawiający przydziela punkty wg. dowolnego rozumienia kryterium oceny ofert opisanego wprost w specyfikacji - przydzielenie po „3" punktów dla wykonawcy odwołującego oraz przystępującego za posiadanie odmiennych od wskazanego w kryterium systemu transferu leków, wywołujących jednak ten sam efekt w kontekście celu medycznego - bowiem każdy z wykonawców

posiada w swojej ofercie produkt pozwalający na transfer leku - odmienny od tego, który został wskazany w swz, ale jednocześnie spełniający cel bezpiecznego transferu leku;
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego.
Zamawiający pismem z dnia 18 marca 2024r. udzielił odpowiedzi na odwołanie w której:
a) uwzględnił odwołanie w części, tj. w zakresie punktów nr 1 i 2 wniosku zamieszczonego na stronie 3 odwołania, tj.:
1. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1 zgodnie z pismem V/DZP/KO 4187/24 z dnia 13.03.2024r. w załączeniu;
2. dokonał powtórnego badania i oceny ofert zgodnie z pismem V/DZP/KO 4187/24 z dnia 13.03.2024r. w załączeniu;
b) wnosi o oddalenie odwołania w punkcie nr 3 i 4 wniosku zamieszczonego na stronie 3 odwołania, ponieważ zamawiający dokonał prawidłowej oceny jakościowej oferty wykonawcy Labo Clinic sp. z o.o./przystępujacego - ocena parametru jakości Pakietu nr 1 poz. 2. Ocena parametrów jakościowych odbyła się na podstawie dostarczonych próbek. Strzykawka będąca elementem systemu zamkniętego Equashield posiada dwuigłowy system transferu leku w strzykawce. Wobec powyższego ofercie Labo Clinic Sp. z o.o. przyznano 3 punkty zgodnie z punktacją zawartą w tabeli dla pakietu nr 1, poz. 2 pkt b.
c) wnosi o zarządzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.
Niemniej w wyniku ponownego badania i oceny ofert dokonał ponownie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Jak podkreślił na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika w ofercie odwołującego dostrzegł przy ponownej ocenie ofert brak posiadania na oferowanym asortymencie kodu ONB nadanego przez FDA (Food and Drug Administration) dla wszystkich elementów systemu zamkniętego.
Izba oceniając czynności zamawiającego stwierdza, że po unieważnieniu pierwotnego wyboru z dnia 20 lutego 2024r., a zaskarżonego niniejszym odwołaniem i po nim dokonany ponowny wybór najkorzystniejszej oferty w dniu 13 marca 2024r., znowu najkorzystniejszą jest oferta przystępującego. Niemniej czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 lutego 2024r. została wyrugowana z obrotu prawnego, czynnościami z dnia 13 marca 2024r. przez unieważnienie wyboru oferty z dnia 20 lutego 2024r. i aktualnym wyborze najkorzystniejszej oferty i to bez znaczenia, że znowu jest to oferta przystępującego. Odwołującemu będzie od tej czynności zamawiającego, wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 marca 2024r, przysługiwało odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty, w pełnym zakresie i bez jakichkolwiek ograniczeń w zarzutach (np.: z powodu, że znowu jest to ten sam wykonawca i są te same wobec jego oferty zarzuty, co w niniejszym postępowaniu odwoławczym).
Na posiedzeniu odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie 568 pkt 2 Pzp jako postępowania, które stało się zbędne z racji unieważnienia zaskarżonej czynności zamawiającego z dnia 20 lutego 2024r. Powyższe uzasadniał unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 13 marca 2024r. i ponowieniem w tym samym dniu wyboru najkorzystniejszej oferty, który aktualnie może podlegać zaskarżeniu, jako istniejący akt decyzyjny zamawiającego w obrocie prawnym.
Izba postanowiła, na podstawie oceny zaistniałej sytuacji faktycznej i prawnej w sprawie, a opisanej powyżej, przychylić się do argumentacji odwołującego, stwierdzając zbędność kontynuowania procedury odwoławczej w tym postępowaniu. Bowiem unieważniona została czynność z dnia 20 lutego 2024r przez samego zmawiającego, a która była przedmiotem zaskarżenia w niniejszym odwołaniu. Więc już nie istnieje w obrocie prawnym, przedmiot zaskarżenia wywołany aktywnością zamawiającego w dniu 20 lutego 2024r., a co kwalifikuje w ocenie Izby zaistniałą sytuację formalną i prawną do zastosowania dyspozycji art.568 pkt 2 Pzp. W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu z udziałem odwołującego, zamawiającego, oraz przystępującego po stronie zamawiającego.
Zgodnie z § 9 ust. 2 lit. a) 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty o których mowa w § 5 pkt 2 w/w Rozporządzenia znosi się wzajemnie, jeżeli Izba stwierdza, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. W tym przypadku Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 złotych, to jest w wysokości uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……