Sygn. akt: KIO 1217/23, KIO 1238/23

POSTANOWIENIE

z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 maja 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

I.w dniu 1 maja 2023 r. przez odwołującego Versamed Sp. z o. o. w Białymstoku, sygn. akt: KIO 1217/23,

I.w dniu 2 maja 2023 r. przez odwołującego TMS Sp. z o. o. w Warszawie, sygn. akt: KIO 1238/23,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Ogólny im. dr Witolda Ginela w Grajewie przy udziale:

–wykonawcy Solve Medical Sp. z o. o. w Białymstokuprzystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt: KIO 1217/23 i KIO 1238/23 po stronie zamawiającego,

–wykonawcy TMS Sp. z o. o. w Warszawieprzystępującego do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt: KIO 1217/23 po stronie odwołującego,

–wykonawcy Versamed Sp. z o. o. w Białymstoku przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt: KIO 1238/23 po stronie zamawiającego,

postanawia:

I.W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1217/23:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego Versamed Sp. z o. o. w Białymstoku kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

II.W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1238/23:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego TMS Sp. z o. o. w Warszawie kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej 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 (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:

……

U z a s a d n i e n i e

postanowienia z 15 maja 2023 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 1217/23, KIO 1238/23

Zamawiający – Szpital Ogólny im. dr Witolda Ginela w Grajewie ul. Konstytucji 3 Maja 34, 19-200 Grajewo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa rezonansu magnetycznego wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz przebudową i dostosowaniem pomieszczenia na potrzeby Pracowni Rezonansu Magnetycznego”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/S 006-014225, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”,) jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 1 maja 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Versamed Sp. z o.o. ul. Przędzalniana 14/1, 15-688 Białystok (dalej zwany „odwołującym” lub „wykonawcą Versamed”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 p.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Solve Medical Sp. z o. o. ul. Władysława Wysockiego 4 lok. nr 5, 15-167 Białystok (dalej zwany „wykonawcą Solve”) w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, a także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Solve, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SWZ. Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy Solve w

związku z wystąpieniem wyżej wskazanej podstawy odrzucenia oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 2 maja 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa (dalej zwany „odwołującym" lub „wykonawcą TMS"), w którym zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 p.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez wybór oferty wykonawcy Solve, która nie powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jako że zawiera błędy w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy Versamed i zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności z dnia 19 kwietnia 2023 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, 2) powtórzenia badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Solve, 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Solve, 4) powtórzenia badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Versamed, 5) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Versamed, 6) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 1217/23wykonawcę TMS, który zgłosił przystąpieniepo stronie odwołującego, w sprawie o sygn. akt: KIO 1238/23 wykonawcę Versamed, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego oraz w sprawach o sygn. akt: KIO 1217/23 i KIO 1238/23 wykonawcę Solve, który w obydwu sprawach zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego.

W dniu 11 maja 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniesiono o umorzenie postępowania odwoławczego, ewentualnie o odrzucenie odwołań w całości lub ich oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, że w dniu 10 maja 2023 r. dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem nie istnieje czynność zaskarżona przez odwołujących polegająca na wyborze oferty wykonawcy Solve, co uzasadnia umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 p.z.p., z uwagi na fakt, iż dalsze postępowanie jest zbędne (bezcelowe).

Według zamawiającego na dzień rozpoznania odwołań nie istnieje czynność, wobec której zostały one wniesione. W momencie orzekania przez Izbę nie istnieje więc substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołujących, a aby Izba mogła rozpoznać odwołanie musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 p.z.p.), której obecnie nie ma. Wydając orzeczenie Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania, co winno zostać uwzględnione przez Izbę w dacie wydawania orzeczenia kończącego postępowanie. Powyższe poparł wykonawca Solve.

Zamawiający dodał, że z daleko idącej ostrożności (na wypadek nieuwzględnienia argumentacji dotyczącej konieczności umorzenia postępowania odwoławczego) podnosi, iż wykonawcy nie posiadają interesu prawnego we wniesieniu odwołań i ich dalszym popieraniu wobec unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, zaś odwołania powinny zostać odrzucone na podstawie art. 528 ust. 2 p.z.p., jako wniesione przez podmioty nieuprawnione. Ponadto w opinii zamawiającego zgodnie z orzecznictwem brak interesu może stanowić podstawę zarówno do odrzucenia, jak i do oddalenia odwołania, zamawiający więc w sposób ewentualny wniósł także o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że zgodnie z informacją z dnia 10 maja 2023 r., która została zamieszczona na platformie elektronicznej, na której prowadzone jest postępowanie, zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Solve jako oferty najkorzystniejszej oraz poinformował o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający wskazał, że dostrzegł konieczność ponownej weryfikacji ofert złożonych przez wykonawców w ramach postępowania – w szczególności pod kątem prawidłowości wyliczenia przez wykonawców cen (w zakresie poprawności działań matematycznych, a także zastosowanych przez wykonawców stawek VAT) oraz ustalenia czy zaoferowane przez wykonawców towary spełniają wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SWZ. Po wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień, w toku kontynuacji badania ofert, zamawiający dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Mając na uwadze ustalony stan rzeczy, skład orzekający stwierdził, że zaszła konieczność zastosowania art. 568 pkt 2 p.z.p. i umorzenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z tą normą Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Podstawą do umorzenia postępowania będzie więc takie zdarzenie, które zaszło w toku postępowania, skutkiem którego wydanie orzeczenia merytorycznego stało się zbędne lub niedopuszczalne. W szczególności, że wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 p.z.p.) – oznacza to, że okoliczności faktyczne dotyczące rozpoznawanego sporu, które ulegną zmianie od momentu wniesienia odwołania do czasu wydania wyroku, powinny zostać uwzględnione przez Izbę. Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, a dalsze

procedowanie staje się bezcelowe, proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku. Innymi słowy, pojęcie zbędności jako przyczyny umorzenia postępowania odwoławczego, związane jest z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, więc jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem.

Zgodnie z materiałem procesowym, w dniu 10 maja 2023 r., zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty wykonawcy Solve jako najkorzystniejszej, od której wniesiono oba rozpoznawane odwołania. Unieważniono końcowy efekt badania i oceny ofert, eliminując z obrotu rozstrzygnięcie przetargu, co powoduje następczy brak substratu zaskarżenia. Zatem w ocenie składu orzekającego, po wniesieniu odwołań, doszło do zdarzenia skutkiem którego wydanie wyroku stało się bezcelowe. Odwołania dotyczą bowiem czynności, która zostało wyeliminowana z obrotu prawnego i w momencie dokonania ponownego wyboru – co zamawiający zapowiedział w informacji o unieważnieniu rozstrzygnięcia przetargu – wykonawcom będzie przysługiwało prawo do wniesienia nowego środka ochrony prawnej. W obecnym stanie rzeczy, Izba nie mogłaby również stwierdzić naruszenia prawa w stosunku do już unieważnionej czynności rozstrzygnięcia postępowania. *Ergo* kontrola legalności czynności zamawiającego w postaci prawidłowości wyboru oferty wykonawcy Solve, będącej wynikiem oceny i badania ofert w przetargu, której wadliwość zarzucili odwołujący, jest bezprzedmiotowa. Nie można byłoby bowiem stwierdzić naruszenia przepisów p.z.p. w stosunku do czynności, której już nie ma w obrocie.

Konkludując, w wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 568 pkt 2 p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

……