

POSTANOWENIE
z dnia 12 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika postępowania

w dniu **12 września 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 sierpnia 2023 roku** przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **wykonawcy Grifols Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Warszawie (Przystępujący), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;

3. znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejsze postanowienie

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodnicząca:

.....

sygn. akt KIO 2568/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „*Dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV, HCV, HIV w pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem*”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 118-369776.

Dnia 31 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) i pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) wyborze oferty Grifols Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Grifols”) jako najkorzystniejszej,

2) odrzuceniu oferty Odwołującego,

3) zaniechaniu odrzucenia oferty Grifols.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy treść oferty Odwołującego jest zgodna

z warunkami zamówienia (z ewentualnym uwzględnieniem jej uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp lub wyjaśnienia zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp), a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Grifols w sytuacji,

kiedy treść oferty Grifols jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący zaznaczył, że wskazane uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert i powinna być wybrana gdyby nie jej bezpodstawne odrzucenie.

Odwolujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

I.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

II.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

III.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z ewentualnym odrzuceniem oferty Grifols.

Zawiadomienie o wynikach postępowania zostało przekazane Odwołującemu w dniu 21 sierpnia 2023 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że przedmiotem postępowania jest dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV, HCV, HIV w pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku 3 do SWZ, który zawiera zestawienie zarówno parametrów granicznych, jak i parametrów ocenianych w postępowaniu.

W dniu 27 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Grifols jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu (żadna oferta nie została odrzucona).

Na skutek odwołania Roche (które zostało uwzględnione przez Zamawiającego, a przystępujący wówczas Grifols nie wniósł sprzeciwu) wynik postępowania został unieważniony, a Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert. Wcześniej pozytywnie ocenioną ofertę Odwołującego Zamawiający odrzucił jako niezgodną z warunkami zamówienia. Co więcej, w poprzednio prowadzonym postępowaniu na ten sam przedmiot – unieważnionym z przyczyn finansowych, Zamawiający również odrzucił ofertę Odwołującego z czysto formalnego powodu związanego z zaniechaniem podania informacji nt. UPS.

Żadna z okoliczności aktualnie przyjętych jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie była wtedy podnoszona, choć postanowienia SWZ i przedmiot oferty były analogiczne. Kwestie obecnie zarzucone Odwołującemu nigdy wcześniej nie stanowiły sprzeczności dyskredytujących jego ofertę. Zostały „wytknięte” dopiero w momencie, kiedy zweryfikowany wynik postępowania - porównanie i ocena merytoryczna oferty Roche i Grifols – wykazały, że najkorzystniejsza jest oferta Odwołującego.

Odwolujący nie zgadza się z odrzuceniem jego oferty, czego wynikiem jest skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

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

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, bowiem o decyzji Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 21 sierpnia 2023 roku, kiedy Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego złożył wykonawca Grifols Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosil o częściowe odrzucenie odwołania (zarzuty w stosunku do oferty Grifols), a w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania.

W dniu 11 września 2023 roku Zamawiający złożył do Izby stanowisko, w którym wnosil o umorzenie postępowania na podstawie przepisu art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując, że dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania dostępnej na stronie, na której prowadzone jest postępowanie ustaliła, że Zamawiający, pismem z dnia 11 września 2023 roku, poinformował Wykonawców, że „w związku z ujawnieniem nowych okoliczności mających wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, Zamawiający uznał za konieczne dokonać unieważnienia czynności wyboru oferty – zawiadomienie z dnia 21 września 2023 roku, a także przeprowadzić ponowną ocenę i badanie ofert złożonych w postępowaniu”.

W dniu 11 września 2023 roku wniosek o umorzenie postępowania z uwagi na jego zbędność złożył Odwołujący, wskazując na unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej celem przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odnosząc się do wniosku o częściowe odrzucenie odwołania, Izba nie uznała go za zasadny. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygnaturą KIO 2300/23 dokonał uwzględnienia zarzutów odwołania w całości,

co odczytywać należy jako powtórzenie procesu badania i oceny ofert od nowa, a więc także ponowne badanie treści oferty pierwotnie uznanej za najkorzystniejszą bez określenia z góry jaki będzie wynik tego badania. Poza tym, skoro pojawiły się zarzuty w stosunku do treści oferty Odwołującego, których przy pierwotnej czynności nie było, to konieczne jest także ustalenie, czy i w jakim zakresie treść oferty Przystępującego również podlegała procesowi weryfikacji w toku nowych czynności podjętych przez Zamawiającego.

W ocenie Izby nie budzi natomiast wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, 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 nowych czynności, zgodnych z tymi, do których odnoszą się zarzuty odwołania. Zamawiający zdecydował o konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert, przez co Izba rozumie ponowienie badania obu ofert oraz o nieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej. O fakcie tym Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosili się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Odnieść należy to także do czynności odrzucenia oferty Odwołującego, skoro Zamawiający wprost wskazał, że będzie ponowienie badań i oceniał OFERTY złożone w postępowaniu. Dla składu orzekającego Izby oznacza to weryfikację (autokontrolę) wszystkich czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający.

Dalej dostrzeżenia wymaga, 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 Pzp). 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 odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty Przystępującego, a także 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 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 nowych czynności związanych z badaniem i oceną ofert, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu 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 nowa 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 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 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 , znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 Pzp 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 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp.

Przewodniczący.

.....