Sygn. akt: KIO 2454/23

POSTANOWIENIE
z dnia 29 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Neomed Polska sp. z o.o., ul. Orężna 6a, 05-501 Piaseczno**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka", Al. Dzieci Polskich 20, 04-730 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Baxter Polska sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawą** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

umarza postępowanie odwoławcze,

nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Neomed Polska sp. z o.o., ul. Orężna 6a, 05-501 Piaseczno, kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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.

Przewodnicząca: ……..……...…...…

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

Zamawiający – Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka", Al. Dzieci Polskich 2004-730 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa wyrobów medycznych do przygotowywania mieszanin do żywienia pozajelitowego wraz z dzierżawą mieszalników", numer referencyjny: ZP/CZD/110/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowanew Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.08.2023 r. nr 2023/S 151-482826.

W dniu 18.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie,w którym wykonawca Neomed Polska sp. z o.o., ul. Orężna 6a, 05-501 Piaseczno (dalej: „odwołujący") zarzucił zamawiającemu naruszenie 99 ust. 4-6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 17 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy poprzez ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp":

a)opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania jedynie konkretnych rozwiązań pochodzących od jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do niegospodarnego wydatkowania środków publicznych; a nadto poprzez niedopuszczenie rozwiązań alternatywnych lub równoważnych w tym zakresie, podczas gdy możliwe jest zrealizowanie wymagań postawionych przez zamawiającego także w inny sposób, bez konieczności dostarczania rozwiązań jednego producenta, a także naruszenie wskazanych przepisów poprzez opisanie cech przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć zamawiający realizując zamówienie oraz w sposób niezapewniający uzyskania najlepszej jakości dostaw i najlepszych efektów zamówienia,

b)opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)dokonania modyfikacji SWZ w sposób wskazany w odwołaniu,

2)niezwłocznego udostępnienia dokonanej zmiany SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania,

3)przesunięcia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, z uwzględnieniem postanowień art. 137 ust. 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 24.08.2023 r. wykonawca Baxter Polska sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa (dalej: „przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 28.08.2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o tym, że uwzględnia je w całości, a ponadto o tym, że: *„Zamawiający dokonał zmiany opisu pozycji nr 18 podając maksymalne*

wymiary pompy, która zmieści się w loży z nawiewem laminarnym tak, aby po wstawieniu pompy pozostała jeszcze przestrzeń do pracy i prawidłowego działania nawiewu oraz zwiększył możliwość ustawienia prędkości do 30. Zamawiający udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia nr 1 oraz informację o przesunięciu terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty". Zamawiający dołączył również pismo z ww. modyfikacją SWZ i zmieniony Formularz cenowy.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze,w formie postanowienia, w przypadku:

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne;

3) o którym mowa w art. 522.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp:

1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, ale też w tym samym dniu dokonał modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu. Dokonanie takiej modyfikacji oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, przestała istnieć. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia opisany w odwołaniu (w tym wypadku: wymagania dotyczące pozycji nr 18 Formularza cenowego sprzed zmiany) nie istnieje, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie wzywanie w tej sytuacji przystępującego po stronie zamawiającego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania, jest niecelowe, ponieważ i tak postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako zbędne.

Zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Dlatego też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp i nakazała zwrócić odwołującemu kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: ……..…...……