

Sygn. akt.: KIO 2514/23

POSTANOWIENIE
z dnia 8 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 8 września 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 roku przez wykonawcę KENDROLAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ciesielska 18, 04-653 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, ul. Wierzbowa 14M, 35-310 Rzeszów

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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.....

Sygn. akt: KIO 2514/23

Uzasadnienie

Zamawiający - Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Zakup i dostawa urządzeń medycznych – część 1 Zakup i dostawa wirówek do obróbki krwi pełnej”, numer referencyjny: DTZ.263.2ZP.2023 (dalej jako: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwana dalej Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 maja 2023 Nr 2023/S 101-312224.

W dniu 28 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę KENDROLAB Spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”);

1. art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FRESENIUS na skutek zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia wyrażonymi w punkcie 44 załącznika nr 1 do SWZ w zakresie części 1 zawierającego OPZ pod względem ograniczenia powierzchni w pomieszczeniu, w którym zostaną zainstalowane urządzenia;
2. art. 255 pkt 5 ustawy Pzp na skutek zaniechania unieważnienia postępowania w zakresie części 1 zamówienia wobec braku w postępowaniu oferty spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego;
3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a polegający na tym, iż oferta Odwołującego została odrzucona m.in. z powodu jej niegodności z warunkami zamówienia wyrażonymi w punkcie 44 załącznika nr 1 do SWZ w zakresie części 1 zawierającego OPZ pod względem ograniczenia powierzchni w pomieszczeniu, w którym zostaną zainstalowane urządzenia, zaś wobec oferty wykonawcy FRESENIUS pomimo faktu, iż również nie spełnia ww. wymogu, Zamawiający nie zastosował regulacji ujętej w treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21.08.2023 r. w zakresie części 1 zamówienia, tj. czynności wyboru oferty wykonawcy FRESENIUS;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i ceny oferty wykonawcy FRESENIUS pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia ujętymi w treści pkt 44 załącznika nr 1 do SWZ zawierającego OPZ dla zamawianych urządzeń;

4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy FRESNIUS jako niezgodnej z warunkami zamówienia ujętymi w punkcie 44 załącznika nr 1 do SWZ w zakresie części 1 zawierającego OPZ pod względem ograniczenia powierzchni w pomieszczeniu, w którym zostaną zainstalowane urządzenia;
5. przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 4 września 2023 r. wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2023 roku unieważnił czynność objętą zaskarżeniem w ramach odwołania wniesionego w dniu 28 sierpnia 2023 roku o sygn. akt KIO 2514/23. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz o zwrot w całości wpisu. Do wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego Odwołujący załączył kopię „Informacji o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponownym powtórzeniu czynności badania i ceny ofert” z dnia 31 sierpnia 2023 roku oraz kopię „Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o udzieleniu zamówienia na: Zakup i dostawę urządzeń medycznych” z dnia 4 września 2023 roku.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego 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 stroną 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).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę,

że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro skutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na

posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony

do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie przedmiotowy 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 wyborze najkorzystniejszej oferty.

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 czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która 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 i 575 ustawy 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 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 Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonych wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....