

Sygn. akt: KIO 3550/23

POSTANOWENIE
z dnia 5 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 5 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Piskorzowie** postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej - Celestynów**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Piskorzowie kwoty
15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.**

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

Sygn. akt KIO 3550/23

Uzasadnienie

Zamawiający – **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej - Celestynów**

prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605, z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp”) pn: „Dostawa wyrobów do odświeżenia Zestawów Ratownictwa Taktycznego WR, PRM oraz PEM”, numer referencyjny: WOFiTM/65/2023/PN. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2023 r., za numerem 2023/S 168-526928.

W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca **Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Piskorzowie** – dalej „Odwołujący”. Odwołujący wniósł odwołanie

od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu w zakresie pakietu nr 2, polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty nr 4 - firmy Neomed Polska Sp. z o. o. ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia - wymogami SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp);
- 2) wyborze oferty nr 4 firmy Neomed Polska Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej dokonanej w dniu 17 listopada 2023 r. mimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na niezgodność z wymogami SWZ oraz;
- 3) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 3 Odwołującego – Boxmet Medical Sp. z o.o. (zwana dalej „Boxmet Medical”), w sytuacji gdy oferta ta była najkorzystniejszą ofertą spełniającą wymogi SWZ i winna zostać wybrana;

względnie z ostrożności procesowej także na:

- 4) zaniechaniu wezwania przez Zamawiającego Neomed Polska Sp. z o. o. w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp w związku z Rozdziałem XVII pkt 3 SWZ do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych tj. kart katalogowych oraz innych materiałów informacyjnych, deklaracji zgodności, certyfikatów (ze względu na ich niekompletność), względnie – w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień dotyczących treści tych środków dowodowych złożonych przez Neomed Polska Sp. z o. o. dla następujących pozycji:
 - pozycja nr 2 - opaska zaciskowa (staza taktyczna),
 - pozycja nr 5 - opatrunek oczny,
 - pozycja nr 33 - igła do odbarczenia odmy przeżnej,
 - pozycja nr 34 - zestaw do konikopunkcji ratowniczej,
 - pozycja nr 54 - zestaw do przetaczania płynów infuzyjnych z pojemników miękkich.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty:

- 1) naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Neomed Polska Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Neomed Polska Sp. z o. o.

jako niezgodnej

z warunkami zamówienia;

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Neomed Polska Sp. z o.o. w związku z naruszeniem następujących przepisów SWZ poprzez niedostrzeżenie, że zaoferowane przez Neomed Polska Sp. z o.o. produkty są niezgodne z wymogami SWZ z przyczyn wyspecyfikowanych w odwołaniu;

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 66 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z załącznikiem nr 5 do SWZ - Formularzem asortymentowo-cenowym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Neomed Polska

Sp. z o.o., mimo że jej treść nie odpowiadała treści SWZ, a de facto nie stanowiła w ogóle oferty, albowiem nie określała istotnego elementu przyszłej umowy, tj. nie wskazuje towaru, który Neomed Polska Sp. z o.o. zamierza dostarczyć – wskazał których pozycji dotyczy;

4) względnie - z ostrożności procesowej zarzucił naruszenie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp,

w związku z Rozdziałem XVII pkt 3 SWZ, względnie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania przez Zamawiającego Neomed Polska Sp. z o.o. w trybie art. 107 ust. 2 do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych tj. kart katalogowych oraz innych materiałów informacyjnych, deklaracji zgodności, certyfikatów (ze względu na ich niekompletność), względnie - w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień dotyczących treści tych środków dowodowych złożonych przez Neomed Polska

Sp. z o.o. dla następujących pozycji poszczególnych Pakietów – wymienił w odwołaniu;

względnie naruszenie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak zażądania od Neomed Polska Sp. z o.o. wyjaśnień w powyższej sytuacji, gdy nie wiadomo było, którą wersję produktu ten zaoferował, wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych tj. kart katalogowych oraz innych materiałów informacyjnych, deklaracji zgodności, certyfikatów CE złożonych przez Neomed Polska Sp. z o.o. dla wskazanych w odwołaniu pozycji poszczególnych pakietów.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym wpisu od odwołania, kosztów dojazdu na rozprawę przed KIO, a w przypadku ustanowienia pełnomocnika - kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych wraz z opłatą skarbową oraz kosztami dojazdu pełnomocnika, wedle zestawienia (faktury/rachunku) złożonego przed zamknięciem postępowania;

3) unieważnienie zaskarżonych czynności Zamawiającego;

4) nakazanie Zamawiającemu:

a) ponownego badania i wyboru ofert w zakresie Pakietu nr 2,

b) odrzucenia oferty nr 4 Neomed Polska Sp. z o.o. jako niespełniającej wymogów SWZ w zakresie Pakietu nr 2,

c) wyboru oferty nr 3 Boxmet Medical jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 2.

Wniósł także o zobowiązanie Zamawiającego do dostarczenia przed rozprawą pełnej dokumentacji przetargowej, w tym SWZ z załącznikami, ofert oraz treści korespondencji

z wykonawcami, w tym z Neomed Polska Sp. z o.o..

W dniu 28 listopada 2023 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym poinformował, że Zamawiający po powzięciu informacji o wniesieniu odwołania unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zaskarżonego pakietu oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w zakresie wyżej wymienionego pakietu, o czym powiadomił już po złożeniu odwołania pismem z 27 listopada 2023 r. zamieszczonym na platformie elektronicznej o godzinie 16.33. Tym samym w związku z faktem, że wobec unieważnienia przez Zamawiającego z własnej inicjatywy (niejako poza postępowaniem odwoławczym) zaskarżonych czynności, czynności, których dotyczy odwołanie już nie istnieją.

W związku z tym wniósł, by Izba - na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze ze względu na to, że stało się z innej przyczyny zbędne

lub niedopuszczalne (por. postanowienie KIO 334/21). Jednocześnie wniósł o zwrot uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł w pełnej wysokości na rachunek bankowy Odwołującego.

W dniu 1 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wraz

z oświadczeniem o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W wyniku analizy wniesionego odwołania Zamawiający w dniu 27 listopada 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6a, 05-501 Piaseczno w zakresie pakietu nr 2, następnie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu wezwał wykonawcę Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6a, 05-501 Piaseczno

do wyjaśnienia treści oferty oraz dokonał ponownego wyboru oferty. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że do postępowania w przedmiotowej sprawie nie przystąpił żaden Wykonawca, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania.

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, to jest 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 ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem zaskarżonych czynności dotyczących pakietu nr 2 postępowania zgodnie z żądaniem w odwołaniu 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.

Odwołujący w dniu 28 listopada 2023 r. złożył pismo procesowe wskazując na zbędność postępowania odwoławczego w zakresie pakietu 2 postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

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).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następcej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 k.p.c. 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 związane 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 wskutek 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. Izba zauważa, że Zamawiający dokonał żadanego przez Odwołującego unieważnienia zaskarżonych czynności dotyczących pakietu 2 postępowania, które w ocenie Izby czyni zadość postawionym w odwołaniu zarzutom w tym zakresie.

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 odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie 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. 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 k.p.c., 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 k.p.c. - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25 czerwca 2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13 września 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 unieważnienia zaskarżonych czynności dotyczących pakietu 2 postępowania odpowiadających postawionym zarzutom, 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 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. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego 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: