Sygn. akt: KIO 2334/23

POSTANOWIENIE
z dnia 17 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 sierpnia 2023 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego –**J.Chodacki A.Misztal „Medica" Spółka jawna** ul. Przemysłowa 4a, 59-300 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego –**COPERNICUS Podmiot Leczniczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Nowe Ogrody 1-6, 80-803 Gdańsk

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – J.Chodacki A.Misztal „Medica" Sp. j. kwoty7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 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:……

Sygn. Akt KIO 2334/23

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na dostawę wyrobów ginekologicznych, laryngologicznych oraz innych wyrobów medycznych (nr ref.: D10.251.42.M.2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.05.2023 r. 2023/BZP 00234057/01, wobec powtórzonej czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym zaniechania odrzucenia ofert konkurencyjnych, wniesione zostało w 7 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy J.Chodacki A.Misztal „Medica" Sp. j. z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 2334/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do badania i oceny ofert zgodnie z treścią opublikowanej SWZ, lecz uprawniony jest do jej zmiany po upływie terminu składania ofert (tj. do przyjęcia, iż przedmiotem oferty mogły być nie tylko fartuchy będące „środkiem ochrony indywidualnej", lecz również będące „wyrobem medycznym"), pomimo że ustawa Pzp dopuszcza dokonywanie zmian w opublikowanej SWZ wyłącznie do upływu terminu składania ofert; powyższe skutkowało pogwałceniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz utratą przez Postępowanie waloru przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do bezpodstawnego wyboru oferty ZARYS jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta obarczona jest wadą i dopóki oferta nie zostanie konwalidowana nie może być klasyfikowana w rankingu ofert,
2) naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert zgodnie z zasadami konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie uprawniony jest do weryfikacji zgodności ofert:
   2.1. wykonawcy ZARYS,
   2.2. wykonawcy K.,
   2.3. wykonawcy POLMIL oraz
   2.4. wykonawcy EM POLAND
   w oparciu o treść SWZ zmienioną po upływie terminu składania ofert, której warunki zostały wyartykułowane dopiero w „Zawiadomieniu o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty (cz.10)", gdzie Zamawiający rozszerzył przedmiot zamówieni z fartuchów będących „środkiem ochrony indywidualnej", na fartuchy będących „środkiem

ochrony indywidualnej" lub będące „wyrobem medycznym", pomimo że jedynym probierzem dla badania i oceny wszystkich ofert powinna być opublikowana treść SWZ, znana wszystkim wykonawcom w dniu składania ofert; powyższe skutkowało utratą przez Postępowanie waloru przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do bezpodstawnego wyboru oferty ZARYS jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy ww. oferty konkurencyjne obarczone są nieusuwalną wadą, a zatem powinny zostać odrzucone, z uwagi na wskazane okoliczności faktyczne oraz przywołane przepisy prawa,

alternatywnie, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 1 i nr 2:

3)naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (dalej: „ustawa WM") oraz art. 2 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (dalej: „rozporządzeniem 2017/745") oraz w zw. z art. 145c ustawy z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (dalej: „ustawa VAT") oraz w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy VAT i art. 146aa ust. 1 pkt 2) ustawy VAT, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i ocen ofert zgodnie z zasadami konkurencyjności i równego traktowania, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania weryfikacji, czy zaoferowany przez:

3.1. wykonawcę ZARYS,

3.2. wykonawcę K.,

3.3. wykonawcę POLMIL oraz

3.4. wykonawcę EM POLAND

fartuch faktycznie jest wyrobem medycznym, dla którego prawidłową stawką VAT jest stawka 8%, czy też jest środkiem ochrony indywidualnej, dla którego prawidłową stawką VAT jest stawka 23%, podczas gdy weryfikacja ta wskazałaby, ż zaoferowany fartuch nie posiada cech wyrobu medycznego, a zatem nie może być sprzedawany po 8% stawce VAT, co stanowi o błędzie ww. wykonawców w obliczeniu ceny; powyższe skutkowało utratą przez Postępowanie waloru przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do bezpodstawnego wyboru oferty ZARYS jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy ww. oferty konkurencyjne obarczone są nieusuwalną wadą, a zatem powinny zostać odrzucone z uwagi na błąd w obliczeniu ceny,

4)naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK"), w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert zgodnie z zasadami konkurencyjności i równego traktowania, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania weryfikacji, czy złożona przez:

4.1. wykonawcę ZARYS,

4.2. wykonawcę K.,

4.3. wykonawcę POLMIL oraz

4.4. wykonawcę EM POLAND

oferta zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy weryfikacja ta wskazałaby, że oznaczenie oferowanego fartucha jako wyrobu medycznego albo brak oznaczenia tego fartucha jako środka ochrony indywidualnej, wprowadziło Zamawiającego w błąd co do jakości, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania lub innych istotnych cech, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich, co stanowi o tym, że ww. oferty złożenie zostały w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; powyższe skutkowało utratą przez Postępowanie waloru przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do bezpodstawnego wyboru oferty ZARYS jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy ww. oferty konkurencyjne obarczone są nieusuwalną wadą, a zatem powinny zostać odrzucone z uwagi na zakazaną nieuczciwą konkurencję;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, w ramach których to czynności Zamawiający powinien odrzucić oferty w oparciu o okoliczności wskazane w odwołaniu i dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W piśmie z 09.08.2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17.08.2023 r. Izba na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) umorzyła postępowanie odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany

w art. 568 pkt 3 Ustawy. Zgodnie z art. 522 ust. 1 Ustawy *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.*

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę uiszczonego w wysokości 7.500,00 zł wpisu.

Przewodniczący:……