

Sygn. akt: KIO 2643/22

POSTANOWIENIE
z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **18 października 2022 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 października 2022 r.** przez Odwołującego: **DiaHem AG Diagnostic Products, ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products, ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach.

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 2022 r. poz. 1710) 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:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 7 października 2022 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie w zakresie Pakietu 2 złożył wykonawca: DiaHem AG Diagnostic Products, ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach (dalej jako: „DiaHem AG Diagnostic Products” albo „Odwołujący”). Odwołanie zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 7 października 2022 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego z kolei na podstawie pełnomocnictwa z 15 września 2022 r. udzielonego przez osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z dokumentem rejestrowym, tj. Rejestrem Handlowym Kantonu Zurych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „*Zakup i dostawa odczynników chemicznych wraz z akcesoriami dla SP ZOZ Zespołu Szpitali Miejskich w Chorzowie*” - Nr sprawy: ZSM/ZP/12/2022; Pakiet 2 - Zakup i dostawa odczynników i materiałów zużywalnych do oznaczeń w serologii transfuzjologicznej metodą aglutynacji kolumnowej wraz z dzierżawą automatycznego analizatora”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2022 r. pod nr 2022/S 135-382702 przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów zwane dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej „*NPzp*” albo „*ustawy Pzp*” albo „*ustawy P.z.p.*”.

Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty i przyjęcie a priori, że przedmiotowe wyjaśnienia spowodowałyby zmianę treści oferty;
3. art. 242 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Perlan Technologies Polska Sp. z o. o., ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa zwanej dalej: „*Perlan*” jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, co miało miejsce w

następstwie błędnego zastosowania kryteriów wyboru po błędnym odrzuceniu oferty Odwołującego, która w rzeczywistości powinna otrzymać najwyższą ilość punktów;

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu;

5. art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania.

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Perlan jako oferty najkorzystniejszej; oraz
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; a następnie
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie także
4. wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie składników oferowanego przez Odwołującego urządzenia;
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Pakiet 2 - z 27 września 2022 r. firmy Perlan (za pomocą platformy MarketPlanet).

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (e-mailem tego samego dnia, jak odwołanie) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

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

Zamawiający w dniu 7 października 2022 r. (za pomocą platformy MarketPlanet) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia do 10 października 2022 r. (włącznie) nie miało miejsca.

W dniu 17 października 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że uwzględnienia w całości zarzuty odwołania.

Stwierdził, że: „(...) Zamawiający przyjmuje zarzuty postawione w odwołaniu i uznaje odwołanie w całości, a w konsekwencji uznaje za zasadne dokonanie unieważnienia

czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu.

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie wnioskuje o umorzenie postępowania odwoławczego przed KIO w związku z przyjęciem odwołania w całości. (...) Odnosząc się do treści przedstawionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający wskazuje, że po zapoznaniu z treścią odwołania i ponowną weryfikacją dokumentacji postępowania oraz podjętych w sprawie czynności uznał, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Słusznie przypomniano w treści odwołania, że na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek wynikający z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. obligujący go do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a tak że zachowanie przejrzystości postępowania.

Zakres w jakim niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia są jednorazowe końcówki do pipet, a to wyłącznie na potrzeby Zintegrowanego Systemu Zapasowego, który stanowi zabezpieczenia na wypadek awarii modułu automatycznego, który stanowi podstawowy element urządzenia oraz brak wskazania w treści wymogów postępowania konkretnej ilości elementów zużywalnych do wykorzystania w tym trybie mógł wzbudzić wątpliwości Odwołującego.

Jednocześnie, Zamawiający potwierdza, że w treści złożonych przez Odwołującego katalogów znajduje się informacja o końcówkach jednorazowych do pipet użytkowanych, co powinno w związku z pojawiającymi się wątpliwościami spowodować reakcję Zamawiającego w postaci skorzystania z uprawnienia do żądania wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. przed podjęciem dalszych czynności w sprawie, w tym w szczególności dokonania odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W konsekwencji Zamawiający uznał złożone odwołanie za zasadne i zasługujące na uwzględnienie w całości. Na marginesie Zamawiający wskazuje jedynie, że wniosek Odwołującego o dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w realiach sprawy co najmniej przedwczesny. Po przeprowadzeniu czynności wyjaśnienia treści ofert Zamawiający będzie w obowiązku dokonać ponownego rozpatrzenia treści otrzymanych ofert i wyjaśnień, a w efekcie podjąć kolejne czynności zgodnie z ustalonym w ten sposób stanem faktycznym sprawy. (...)". Odpowiedź została podpisana przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 1 października 2018 r. udzielonego przez osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym do odpowiedzi dokumentem rejestrowym.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że 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. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....