

POSTANOWIENIE
z dnia 14 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 14 kwietnia 2021 roku w Warszawie, na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2021 roku przez **wykonawcę Argenta sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Poznaniu,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej,**

przy udziale wykonawcy **AMP Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy **Argenta sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Poznaniu** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020

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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Opieki Zdrowotnej sp. z o.o. (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup wraz z dostawą materiałów zużywalnych z zakresu mikrobiologii (dalej „**Postępowanie**”).

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 grudnia 2020 r. pod nr OJ/S:2020/S 239-5902333.

W dniu 20 marca 2021 roku wykonawca Argenta sp. z o.o. sp.k, z siedzibą w Poznaniu (dalej „**Odwolujący**”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego zarzucając naruszenie:

- 1) W zakresie części dotyczącej pakietów 9, 12, 13, 18, 21, 19, 21, 24, 25, 27 i 28:
 - art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 10b PZP w zw. z art. 61 ust. 2 w zw. z 6 K.c. poprzez ich nieprawidłową wykładnię i błędne zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że korespondencja Zamawiającego (w szczególności pisma z 23.02.2021 r. stanowiące wezwanie w rozumieniu art. 26 ust. 1 PZP) została doręczona Argenta sp. z o.o. sp. k. w sposób umożliwiający jej zapoznanie się z treścią tego wezwania (art. 61 ust. 2 K.c.), a w konsekwencji uznanie, że wezwanie zostało skutecznie doręczone i upłynął termin do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;
 - art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 10b PZP w zw. z art. 61 ust. 2 w zw. z 6 K.c. poprzez ich nieprawidłową wykładnię i błędne zastosowanie, a w konsekwencji wykluczenie Argenta sp. z o.o. z postępowania wobec uznania, że nie wykazała ona spełniania warunków udziału w Postępowaniu wobec nieuzasadnionego uznania, że wykonawca był zobowiązany do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, chociaż wezwanie w rozumieniu art. 26 ust. 1 PZP nie zostało wykonawcy doręczone w sposób umożliwiający zapoznanie się z treścią tego wezwania (art. 61 ust. 2 K.c.);
 - art. 26 ust. 1 i 3 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 10b PZP w zw. z art. 61 ust. 2 w zw. z 6 K.c. poprzez ich nieprawidłową wykładnię i błędne zastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie dokonania ponownego wezwania Argenta sp. z o.o. sp.

k. do przedłożenia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, mimo iż wobec bierności Odwołującego oczywistym było, że pojawiły się problemy z doręczeniem oświadczeń Zamawiającego;

- art. 2 pkt 7a w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 PZP poprzez ich niezastosowanie i odmowę dokonania przez Zamawiającego czynności samokontroli mimo otrzymania od Argenta sp. z o.o. sp. k. stosownego wezwania oraz nieprzyjęcia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, a w konsekwencji brak unieważnienia swoich wadliwych czynności, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2) W zakresie części dotyczącej pakietów: 9, 12, 13, 18, 19, 21, 24, 25 i 27 ewentualnie, na wypadek uznania, że zachodziły przesłanki do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty art. 46 ust. 4a PZP przez jego nieprawidłową wykładnię i zastosowanie w przedmiotowej sprawie, gdy oczywistym jest, że nieuzupełnienie przez Argenta sp. z o.o. sp. k. (w odpowiedzi na wezwanie) dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 P.z.p. nie wynikało z przyczyn leżących po stronie Argenta sp. z o.o. sp. k., a tylko spełnienie tej przesłanki upoważnia Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami;

3) W zakresie części dotyczącej pakietu 28:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie Pakietu 28, mimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w zakresie spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO;
- art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP przez zaniechanie wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z udziału w Postępowaniu w zakresie pakietu 28, mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji (złożenia przez wykonawcę oświadczenia) w zakresie spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO;

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 PZP w zw. z Załącznikiem nr 2 do SIWZ - tabeli "Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2" poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AMP Polska sp. z o.o. w zakresie pakietu 28 Postępowania, pomimo okoliczności, że jej oferta nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferowane przez nią testy nie spełniają wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i nie posiadają statyku EUL WHO, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- ewentualnie w przypadku braku uznania któregokolwiek z powyższych zarzutów niniejszym zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania AMP Polska sp. z o.o. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ - tabeli "Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2" w postaci spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO, mimo wezwania Zamawiającego do dokonania takiej czynności przez Argenta i poinformowania Zamawiającego o braku spełniania przez AMP Polska sp. z o.o. warunków SIWZ,

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia: a. czynności oceny i badania ofert w zakresie pakietów 9, 12, 13, 18, 19, 21, 24, 25, 27, 28 Postępowania, b. czynności wykluczenia Argenta sp. z o.o. sp. k. z udziału w Postępowaniu w zakresie pakietów 9, 12, 13, 18, 19, 21, 24, 25, 27, 28 Zamówienia (a w konsekwencji odrzucenia) oferty Argenta sp. z o.o. sp. k., c. czynności polegającej na wyborze oferty: i. BioMaxima S.A. jako najkorzystniejszej, w zakresie pakietu 9, 19 i 25 Postępowania, ii. Z.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Graso Z.S.” jako najkorzystniejszej, w zakresie pakietów 21, 24 Postępowania, iii. AMP Polska sp. z o.o. w zakresie pakietu 28 Postępowania, oferty AMP Polska sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert w zakresie pakietów 9, 12, 13, 18, 19, 21, 24, 25, 27, 28 Zamówienia, a w związku z czym wezwanie Argenta sp. z o.o. sp. k. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 PZP. dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, 5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty), ewentualnie, w braku podstaw do wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z

Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania o nakazanie Zamawiającemu wezwania AMP Polska sp. z o.o. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ - tabeli "Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2", a następnie po dokonaniu ponownej oceny nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty AMP Polska sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako niezgodnej z SIWZ, ewentualnie, na wypadek uznania że zachodziły przesłanki do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zwrócenia Argenta sp. z o.o. sp. k. otrzymanego wadium w całości, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienia wykonawca AMP Polska sp. z o.o. (dalej „Przystępujący”). Przystępujący nie stawiał się na posiedzenie w wyznaczonym terminie. Izba ustaliła, że w aktach sprawy znajduje się zawiadomienie wykonawcy o terminie posiedzenia oraz potwierdzenie odbioru zawiadomienia przez Przystępującego.

W dniu 14 kwietnia 2021 r. na posiedzeniu z udziałem stron pełnomocnik Zamawiającego, prawidłowo umocowany, złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Mając na uwadze datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) (dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”).

Zgodnie z art. 522 ust. 2 npzp w jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający wskazał, że wezwie

Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia brakujących dokumentów i dokonana ponownego badania i oceny ofert.

Przystępujący nie stawiał się na wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron w przedmiotowej sprawie. W aktach sprawy znajduje się oświadczenie złożone przez Przystępującego potwierdzające okoliczność zawiadomienia wykonawcy o terminie posiedzenia z udziałem stron. Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą Przystępującego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo Przystępującego mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Zatem, w związku z faktem, że Przystępujący nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 npzp w zw. z art. 568 pkt 3 npzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 nowego pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: