

POSTANOWIENIE
z dnia 29 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 29 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2022 r. przez: **wykonawcę Promed spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Działkowa 56**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie, ul. Banacha 1a**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Promed spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Działkowa 56** tytułem zwrotu 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 (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Specjalistyczny sprzęt medyczny jednorazowego użytku”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2021 r. pod nr 2021/S 241-634857.

Zawiadomienie o wynikach postępowania zostało przekazane odwołującemu w dniu 8 kwietnia 2022 r.

W dniu 15 kwietnia 2022 r. odwołujący – Promed spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prokurenta ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 15 kwietnia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w Części 24 postępowania, podczas gdy treść oferty odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,

2) art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy – przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się zaniechaniem wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty i ewentualnie wyjaśnień treści przedmiotowego środka dowodowego, co skutkowało arbitralnym uznaniem, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada warunkom zamówienia,

z ostrożności odwołujący zarzucił także naruszenie:

3) art. 107 ust. 2 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie parametrów opisanych w OPZ dla części 24 postępowania.

Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności wyboru oferty LM Line jako najkorzystniejszej w Części 24,

II. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w Części 24,

III. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Części 24,

względnie

IV. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Przedmiotem części 24 postępowania jest dostawa czujników wielorazowych i jednorazowych w technologii Masimo RD SET. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający parametry techniczne ww. urządzeń zawiera załącznik nr 2 do SWZ – formularz asortymentowo-cenowy.

W Części 24 oferty złożyło trzech wykonawców: odwołujący, LM Line oraz Viridian Polska sp. z o. o. W dniu 8 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty LM Line. Jednocześnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Jako podstawę odrzucenia zamawiający podał, że w pozycji 4 opisu przedmiotu zamówienia dla części 24 wymagano kabla zatopionego w płaską piankę o długości 11 cm, a wykonawca zaoferował kabel o długości 14,5 cm. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, podnosząc iż nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, a to z niżej wskazanych przyczyn.

Zamawiający w punkcie 4 Załącznika nr 2 do SWZ dla części 24 wymagał spełnienia następującego parametru:

„Jednopacjentowy czujnik SpO2 Masimo RD-SET Inf. 3-20kg typu L z cielistą, elastyczną owijką. Kabel zatopiony w płaską piankę o długości 11cm, zakończony zatrząskową wtyczką.”

W rozdziale VII ust. 1 SWZ zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci ulotek, katalogów, instrukcji obsługi potwierdzających spełnianie przez oferowane produkty wymogów zawartych w formularzu asortymentowo-cenowym. Zamawiający w rozdziale VII ust. 2 SWZ przewidział także możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący w swojej ofercie zaoferował czujnik producenta Masimo Corporation o numerze katalogowym 4002 (taki sam jaki został zaoferowany przez zwycięską firmę LM Line, o czym dalej). Wraz z ofertą odwołujący przedłożył przedmiotowy środek dowodowy w postaci ulotki producenta, w której znajdowała się informacja o czujniku typu L z płaskim kablem o dł. 14,5 cm. Z tego zapewne zamawiający wywiódł, iż oferta odwołującego nie spełnia wymagań OPZ, przyjmując, iż długość samego kabla czujnika wynosi 14,5 cm. Tymczasem wskazany wymiar dotyczy łącznie czujnika oraz przewodu. Owe 14,5 cm obejmuje 11 cm kabla oraz 3,5 cm wtyczkę. Nie należy czytać ulotki w ten sposób, że sam kabel zatopiony w piankę ma 14,5 cm.

Odwołujący jest wieloletnim dystrybutorem czujników Massimo. Nie ma jednak wpływu na sposób prezentacji właściwości produktu przez jego wytwórcę (w ramach ogólnej ulotki). Niemniej, jak zostało wyżej wspomniane, analogiczny produkt zaoferował LM Line. Dokonując jego oceny zamawiający uznał, że czujnik posiada kabel o długości 11 cm, zgodny z SWZ. W takich okolicznościach zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia

wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy oraz przedmiotowego środka dowodowego na zasadzie art. 107 ust. 4 ustawy. Gdyby zamawiający zdecydował się na procedurę wyjaśniającą, to uzyskałby informację, iż ww. wartość 14,5 cm jest sumą długości kabla (11 cm) oraz zatraskowej wtyczki (3,5 cm).

Przez zaniechanie wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty i treści przedmiotowego środka dowodowego zamawiający naruszył podstawową zasadę wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stąd zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy należy uznać za uzasadniony.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł trzeba, że wprawdzie ww. ulotka nie zawierała informacji o długości samego kabla, jednakże brak takiej wzmianki w treści ww. przedmiotowego środka dowodowego należy potraktować, co najwyżej jako złożenie niekompletnego dokumentu. Powinno to zainicjować wystosowaniem przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy. Skoro zatem zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych w przypadku ich niekompletności, to tym samym był zobligowany do zastosowania przepisu art. 107 ust. 2 ustawy.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji (zawartość merytoryczna oferty). Przez tą niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia rozumie się w literaturze materialną niezgodność zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem zaoferowanego którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Treść oferty odwołującego jest zgodna z postanowieniami SWZ, a zaoferowany czujnik spełnia parametr opisany w Lp. 4 Załącznika nr 2 do SWZ dla części 24. Doszło zatem do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W dniu 19 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 26 kwietnia 2022 r. odwołujący wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy i nakazanie zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 15000 zł tytułem uiszczonego wpisu.

Wskazał, że pismem z dnia 19 kwietnia 2022 r., na skutek wniesionego odwołania, zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o postanowił dokonać ponownej oceny ofert, w tym oferty odwołującego.

dowód: pismo z dnia 19.04.2022 r.

pismo z dnia 19.04.2022 r.

Aktualnie zatem została usunięta z obrotu prawnego zaskarżona czynność zamawiającego (wybór oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty odwołującego), a tym samym bezprzedmiotowe stały się również zarzuty dotyczące zaniechania wykonania określonych czynności wymaganych ustawą (odpadł tzw. substrat zaskarżenia). Zamawiającemu nie sposób już stawiać zarzutu nie wykonania obowiązków wynikających z przepisów, skoro w postępowaniu trwa ponowna ocena ofert.

W przedstawionych powyżej okolicznościach należy uznać, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne. Powyższe stanowisko utrwaliło się w orzecznictwie Izby, na potwierdzenie czego wskazał postanowienia o sygn. 3129/21, 794/21, 1779/21, 2634/21, 2851/21, 314/21.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. zamawiający oświadczył, że popiera wniosek odwołującego o umorzenie postępowania. Jednocześnie zamawiający nadmienił, że uwzględnił odwołanie złożone przez odwołującego przez wykonanie następujących czynności:

w dniu 19.04.2022 (pismo w załączeniu) unieważniono czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonano ponownej oceny ofert, a następnie dnia 28.04.2022 (pismo w załączeniu) dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 24 przedmiotowego postępowania.

Tym samym odwołanie złożone w dniu 15.04.2022 przez Promed S.A. stało się bezprzedmiotowe.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ po zmianie, załącznika nr 2 do SWZ – formularza asortymentowo-cenowego po zmianie, oferty odwołującego, oferty LM Line, dokumentów przedmiotowych odwołującego złożonych wraz z ofertą i uzupełnionych na wezwanie zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2022 r., dokumentów przedmiotowych LM Line złożonych na wezwanie zamawiającego, informacji o wyniku postępowania z dnia 8 kwietnia 2022 r. i informacji o unieważnieniu wyniku postępowania z dnia 19 kwietnia 2022 r.

Na podstawie tych dokumentów Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział III SWZ - opis przedmiotu zamówienia i ogólne postanowienia dotyczące zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest specjalistyczny sprzęt medyczny jednorazowego użytku w podziale na 35 części:

24 Czujniki wielorazowe i jednorazowe w technologii Masimo RD SET

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do SWZ – Formularz asortymentowo-cenowy.

Rozdział VII SWZ - wykaz przedmiotowych środków dowodowych

1. Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- ulotki, katalogi, instrukcje obsługi (przez pojęcie „katalog” należy rozumieć należy materiały producenta - wyciąg z katalogu, ewentualnie ulotkę wyrobu potwierdzającą parametry wymagane przez Zamawiającego) potwierdzające spełnianie przez oferowane produkty wymogów zawartych w Formularzu asortymentowo-cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ). W przypadku gdy dokumenty, o których mowa w zdaniu pierwszym, nie zawierają informacji o parametrach wymaganych, Zamawiający dopuszcza złożenie oświadczenia producenta na potwierdzenie spełnienia tych parametrów przez oferowane dostawy. Zamawiający wymaga, aby na wszystkich dokumentach dotyczących oferowanego asortymentu wyraźnie zaznaczyć, której części i pozycji dokument dotyczy. Dokumenty w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski.

2. Jeżeli Wykonawca nie złoży wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Rozdział XVI SWZ - opis sposobu przygotowania i złożenia oferty

3. Na ofertę składają się:

- a) Załącznik nr 1 do SWZ - wypełniony na Platformie interaktywnej Formularz ofertowy, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
- b) Załącznik nr 2 do SWZ - Formularz asortymentowo-cenowy,
- c) Oświadczenie JEDZ (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia),
- d) Zobowiązanie, o którym mowa w Rozdziale X ust. 3 SWZ jeżeli Wykonawca polega na zasobach innego podmiotu,
- e) Oświadczenie, o którym mowa w Rozdziale V pkt. 4 SWZ w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- f) Przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w Rozdziale VII SWZ.
- g) Oświadczenie RODO, zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWZ.

W załączniku nr 2 do SWZ - Formularz asortymentowo-cenowy po zmianie w pakiecie nr 24 Czujniki wielorazowe i jednorazowe w technologii Masimo RD SET zamawiający wymagał podania następujących informacji:

L.p. "OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, Nazwa produktu", "Producent (wypełnia Wykonawca)", "Nr katalogowy (wypełnia wykonawca)", Szacunkowa liczba/ 24 m-ce, Jednostka miary, "Wielkość opakowania (liczba sztuk w opakowaniu) (wypełnia wykonawca)", Cena jednostkowa netto, Wartość netto PLN, Stawka VAT, Wartość brutto

4 "Jednopacjentowy czujnik SpO2 Masimo RD-SET Inf. 3-20kg typu L z cielistą, elastyczną owijką. Kabel zatopiony w płaską piankę o długości 11cm, zakończony zatrzaskową wtyczką.
" 200 szt.

Odwołujący w ofercie w załączniku nr 2 do SWZ podał :

4 Jednopacjentowy czujnik SpO2 Masimo RD - SET Inf. 3 - 20kg typu L z cielistą, elastyczną owijką. Kabel zatopiony w płaską piankę o długości 11cm, zakończony zatrzaskową wtyczką. Masimo Corporation nr kat: 4002 ilość 200 szt. ilość w opakowaniu 20 szt cena jednost. 60,00 zł wartość netto 12 000,00 zł Stawka VAT 8% wartość brutto 12 960,00 zł

i załączył

CZUJNIKI I KABLE MASIMO SET Z POŁĄCZENIEM RD Parametry Techniczne

NAJNOWSZE POŁĄCZENIE – RD –WYKONANE W TECHNOLOGII MASIMO SET Rozpoznawalne przez oprogramowanie X-CALL

NR REF Czujnik wykonany w technologii Masimo SET RD Inf – dla pacjentów 3 – 20 kg, Czujnik z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z płaskim kablem o dł. 14,5 cm, pakowane folia papier 4002

Z oferty LM Line wynika, że zaoferował on:

w pakiecie 24 4 Jednopacjentowy czujnik SpO2 Masimo RD-SET Inf. 3-20kg typu L z cielistą, elastyczną owijką. Kabel zatopiony w płaską piankę o długości 11cm, zakończony zatrzaskową wtyczką. MASIMO 4002 / Czujnik SpO2 Masimo RD SET Inf, niemowlęcy jednorazowy, oryginalny , waga 3-20 kg, 20 szt./opak. 200 szt. 20 80,00 16 000,00 8% 17 280,00

W karcie produktowej dla Nr Katalogowy 4002 podano Jednorazowy czujnik SpO2 RD SET Inf, dla pacjenta 3-20 kg typu L z elastyczną owijką. Kabel zatopiony w płaską piankę (dł. 11 cm), zakończony zatrzaskową wtyczką

Z informacji o wyniku z dnia 8 kwietnia 2022 r. wynika, że Część 24:

Została wybrana najkorzystniejsza oferta złożona przez:

LM Line, Kniewska 2K, 70-846 Szczecin

Cena zaoferowana w postępowaniu: 31 212,00 zł

Uzasadnienie wyboru oferty:

oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert.

Oferty odrzucone:

PROMED S.A., Działkowa 56, 01-520 Warszawa

Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 5) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający wymagał w opz w poz. 4 kabla zatopionego w płaską piankę o długości 11cm. Wykonawca zaoferował kabel w piance o długości 14,5 cm.

W dniu 19 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował, że unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty w części nr 24 postępowania z dnia 08.04.2022r. i postanawia dokonać ponownej oceny złożonych ofert.

Oferty zostały złożone przez Wykonawców:

19 VIRIDIAN POLSKA Sp. z o.o., ul. Morgowa 4, 04-224 Warszawa

26 LM Line, Kniewska 2K, 70-846 Szczecin

27 PROMED S.A., Działkowa 56, 01-520 Warszawa

W dniu 19 kwietnia 2022 r. zamawiający działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowany przez niego produkt w części nr 24 jest zgodny z SWZ i w poz. 4 „Kabel jest zatopiony w płaską piankę o długości 11cm, zakończony zatrzaskową wtyczką”:

- ulotki, katalogi, instrukcje obsługi (przez pojęcie „katalog” należy rozumieć należy materiały producenta - wyciąg z katalogu, ewentualnie ulotkę wyrobu potwierdzającą parametry wymagane przez Zamawiającego) potwierdzające spełnianie przez oferowane produkty wymogów zawartych w Formularzu asortymentowo-cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ). W przypadku gdy dokumenty, o których mowa w zdaniu pierwszym, nie zawierają informacji o parametrach wymaganych, zamawiający dopuszcza złożenie oświadczenia producenta na potwierdzenie spełnienia tych parametrów przez oferowane dostawy. Zamawiający wymaga, aby na wszystkich dokumentach dotyczących oferowanego asortymentu wyraźnie zaznaczyć, której części i pozycji dokument dotyczy. Dokumenty w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski.

Jeżeli Wykonawca nie złoży wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W złożonych przez odwołującego dokumentach dot. poz. 4 widnieje informacja „czujnik typu L z płaskim kablem o dł. 14,5 cm”. Zamawiający wymagał kabla o długości 11 cm.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. odwołujący na wezwanie z dnia 19 kwietnia 2022 r. przesyłał w załączeniu:

1. Ulotkę.
2. Oświadczenie producenta.

Z ulotki wynika:

Czujnik wykonany w technologii Masimo SET RD Neo, < 3 kg lub > 40 kg,

Czujnik z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L, kabel zatopiony w płaską piankę o długości 11cm, zakończony zatrząskową wtyczką o długości 3,5 cm, pakowane folia papier z dodatkowymi elementami zwiększającymi adhezję czujnika. Do pulsoksymetrów Masimo, innych urządzeń z technologią Masimo SET

Z oświadczenia producenta z dnia 20 kwietnia 2022 r. wynika, że w imieniu firmy Masimo Corporation - producenta czujników do pomiaru saturacji o numerach katalogowych 4000, 4001, 4002, 4003, 4004, 4005 oświadczone i potwierdzone, że ww. wyroby medyczne posiadają kabel zatopiony w płaską piankę o długości 11 cm, zakończony zatrząskową wtyczką. Podpisał dr n. med. M. J. Regional Manager Poland, Czechia, CIS & Baltics.

Z zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 28 kwietnia 2022 r. dla części nr 24 wynika, że została wybrana najkorzystniejsza oferta złożona przez:

VIRIDIAN POLSKA Sp. z o.o., ul. Morgowa 4, 04-224 Warszawa

Cena zaoferowana w postępowaniu: 23 328,00 zł

Oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert.

Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzuty dotyczyły wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego. W dniu 19 kwietnia 2021 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 658 pkt. 2. Izba uznała, że nie budzi wątpliwości fakt, iż w sprawie, w związku z unieważnieniem skarżonej w odwołaniu czynności wyboru oferty, może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne (por. Postanowienia KIO o sygn. KIO 794/21; 1779/21; 2634/21; 2851/21; 3142/21). 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.

Izba uznała, że podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie

doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi. Izba uznała, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni czynność kwestionowaną w zarzutach odwołania, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć czynność lub zaniechanie, będące podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu 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 przepisu ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystana właśnie w podobnych sytuacjach. Strony zgodnie oceniły zaistniałą w postępowaniu sytuację procesową jako brak przedmiotu sporu i zgodnie wniosły o umorzenie postępowania.

Izba podzieliła w tym składzie stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18 - 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. Stanowisko to nawiązuje zatem silnie do założenia, że proces cywilny, a zwłaszcza orzeczenie rozstrzygające sprawę co do istoty, nie jest celem samym w sobie. Stanowi on jedynie instrument dla osiągnięcia celu w postaci udzielenia ochrony prawnej prawom i obowiązkom stron wynikającym z norm prawa materialnego, w zakresie i w formach żądanych przez te strony. Idąc powyższym tokiem rozumowania, 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. Istnieje także stanowisko przeciwne wyrażone choćby w Kodeks Postępowania Cywilnego. Tom I A. Komentarz. ART. 1-424(12) dr hab. Agnieszka Góra-Błaszczkowska 2020 wyd. 3 zgodnie z którym zdarzenie pozaprocesowe, nie wywrze samo przez się wpływu na umorzenie postępowania, a więc ani fakt zapłaty, ani kompensata, ani zwolnienie z długu; zaistnienie takiej okoliczności wywiera tylko wpływ na treść wyroku, gdyż wtedy roszczenie formalne, nawet gdyby było dotąd zasadne – staje się bezzasadne (H. Trammer, *Następcza*, s. 37–38).

Jednakże Izba uważa, że w opisanym stanie faktycznym zaistniała zbędność wydania wyroku. Zamieszczoną w art. 355 § 1 KPC wzmiankę o zbędności wydania wyroku w sprawie za słuszną uważa J. Kot (Forma orzeczenia, s. 49–50), za podstawę zbędności wydania wyroku w sprawie uznając zrzeczenie się roszczenia, zawarcie ugody. Tak samo H. Pietrkowski (Przekształcenia podmiotowe, s. 33), który powołując się na stanowisko W. Berutowicza (Znaczenie prawne, s. 59), wskazuje, że przyczyną zbędności wydania wyroku w sprawie jest zniknięcie sporu między stronami albo rezygnacja stron z rozstrzygnięcia sporu.

Izba nie podziela natomiast stanowiska, że przyczyny pozaprocesowe powodujące, że toczenie sporu pomiędzy stronami na skutek zrzeczenia się roszczenia czy jego zaspokojenia po wniesieniu odwołania mogą skutkować jedynie oddaleniem odwołania. Takie stanowisko w ocenie Izby nie daje się pogodzić z przepisami ustawy z dwóch względów:

1. Istnienia w ustawie instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania. Instytucja ta pozwala na umorzenie postępowania, gdy zamawiający złoży oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów i zobowiąże się do wykonania żądań odwołującego (oczywiście przy braku przystępujących po stronie zamawiającego czy ich sprzeciwów). Jednak dla instytucji uwzględnienia zarzutów ustawodawca uznał zbędność sporu już w sytuacji wyłącznie zobowiązania się zamawiającego do wykonania żądań odwołującego. W tej sprawie natomiast zamawiający nie tylko uznał zasadność żądań odwołującego, ale unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, przywrócił ofertę odwołującego do postępowania, wykonał czynności związane z przedmiotowymi środkami dowodowymi i poddał ofertę ocenie w ramach czynności oceny ofert.
2. W przypadku umorzenia postępowania, czy to w skutek uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego czy też z powodu zbędności postępowania z uwagi na wyeliminowanie czynności będącej przedmiotem sporu przez zamawiającego wykonawca nie ponosi kosztów związanych z wszczęciem procedury odwoławczej, gdyż koszty postępowania podlegają zniesieniu. Natomiast w przypadku wycofania odwołania odwołujący nie ma możliwości bezkosztowego zakończenia sporu. Co więcej nie ma wpływu na moment podjęcia przez zamawiającego decyzji o uchyleniu skarżonej czynności i wykonaniu żądań odwołującego bez formalnego złożenia oświadczenia o uwzględnieniu żądań odwołania. W przypadku, gdy zamawiający dokona takich czynności na mniej niż dzień przed terminem wyznaczonej rozprawy, odwołujący nie tylko traci 10% wpisu, ale może być zobowiązany do zwrotu zamawiającemu kosztów procesu, mimo że w chwili wnoszenia odwołania zarzuty były zasadne, co przyznał zamawiający unieważniając czynność lub dokonując zaniechanej czynności zgodnie z żądaniem.

Izba ocenia, że na gruncie ustawy zasadne jest przyjęcie, że dokonanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem

odwołującego bez formalnego procesowo uwzględnienia zarzutów odwołania powinno być ocenione jako uznanie przez zamawiającego zasadności odwołania i odpadnięcie w toku postępowania materialnoprawnej podstawy roszczenia odwołania, co w konsekwencji jako zbędność wyrokowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy. Mając to na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 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.*

Przewodniczący: