

Sygn. akt: KIO 2708/21

WYROK
z dnia 12 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 września 2021 r. przez **M. B. Sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie**,

przy udziale wykonawcy **Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Pieszcach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego terminu składania ofert oraz w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. B. Sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa toreb do Indywidualnego Pakietu Medycznego*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 września 2021 r. pod nr 2021/S 171-44556.

W dniu 13 września 2021 r. wykonawca M. B. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) bezpodstawne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, mimo że oferta Odwołującego została już wybrana w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 30 czerwca 2021 r., a Zamawiający uchyla się od zawarcia umowy;
- 2) sformułowanie zapisów SWZ w sposób, który uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert;
- 3) określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i znacznie ograniczający konkurencję, sformułowanie warunków umowy w sposób naruszający swobodę umów poprzez wymagania od wykonawcy zaciągnięcia zobowiązania realizacji przedmiotu umowy w terminie nierealnym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 16 ust. 1, art. 17 ust. 2, art. 520, art.421 ust. 1 w związku z art. 577, art. 99 ust.1 i 4 oraz art. ustawy Pzp, a także art. 387 Kc.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 225 pkt 6 ustawy Pzp, a na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku, wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ w sposób umożliwiający Odwołującemu złożenie oferty, w szczególności poprzez:

- określenie terminu składania ofert zgodnie z art.131 i art.138 ust.1 w związku z art. 90 ust. 1 po uprzedniej modyfikacji parametrów technicznych przedmiotu zamówienia,
- określenie realnego terminu realizacji umowy – 80 dni od podpisania umowy,

- zmianę parametrów technicznych przedmiotu umowy, jak w uzasadnieniu odwołania.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że informacją z 30 czerwca 2021 r. o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający zakończył postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego nr WOFiTM 14/2021/PN. W dniu 12 lipca 2021 r. Konsorcjum firm: Boxmet Medical Sp. z o.o., J. D. PARAMEDYK J. D., wniosło odwołanie, które Zamawiający uwzględnił częściowo, ponowił ocenę ofert, odrzucił ofertę M. B. i postępowanie unieważnił. Spółka M. B. przystąpiła do postępowania odwoławczego i 17 lipca 2021 r. wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w odwołaniu zgłoszone w odwołaniu. Sprzeciw został przekazany Zamawiającemu 23 sierpnia 2021 r. Następnie, 24 sierpnia 2021 r. wykonawca został poinformowany o zniesieniu terminu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz o wydaniu postanowienia na posiedzeniu niejawnym. W związku z cofnięciem odwołania, skutkującym umorzeniem postępowania odwoławczego spółka M. B. wyraziła gotowość do zawarcia umowy w piśmie z 24 sierpnia 2021 r. Zamawiający nie odniósł się do tego pisma, po czym 3 września 2021 r. wszczął nowe postępowanie na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego, ustalając warunki zamówienia, które nie pozwalają Odwołującej złożyć oferty.

Odwołujący podniósł, że w związku z wycofaniem odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 30 czerwca 2021 r., jest to czynność nadal ważna i skuteczna gdyż ocena czynności dokonanych w postępowaniu powinna nastąpić według stanu faktycznego i prawnego, tak jakby odwołanie nie zostało wniesione lub zostałyby zwrócone. Przemawia za tym treść art. 520 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Odwołujący wskazał, że nie można uznać za skuteczną czynności dokonanej przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, skutkującej częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania poprzez przeprowadzenie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty M. B. i unieważnienie postępowania z uwagi na brak ważnych ofert. Odwołujący przystąpił w odpowiednim czasie do odwołania i wniósł sprzeciw wobec ponownej oceny ofert wykazując, że jego oferta jest jedyną ofertą ważną, zgodną z SZW, a zarzuty odwołania są bezzasadne. Jednakże na skutek cofnięcia odwołania zarzuty te nie mogły zostać rozpatrzone.

Zdaniem Odwołującego nieprawidłowe jest uznanie, iż pomimo cofnięcia odwołania czynność powtórnej oceny ofert, uwzględniająca w części zarzuty odwołania jest nadal

skuteczna. Cofnięcie odwołania w takiej sytuacji stawiałoby Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji, gdyż pomimo cofnięcia odwołania uzyskałby skutek taki sam jak w przypadku uwzględnienia odwołania, natomiast Przystępujący do postępowania odwoławczego pozbawiony zostałby prawa wniesienia środka zaskarżenia na powtórzoną czynność (art. 527 i art.528 pkt 5 ustawy Pzp). Również wniesiony sprzeciw nie może być przez KIO rozpatrzony z uwagi na związanie cofnięciem odwołania. Skoro cofnięte odwołanie uważa się za niebyłe, to nie można uwzględnić czegoś, co uważa się za niewniesione.

Odwołujący stwierdził, że powtórna ocena ofert nie została dokonana z „własnej inicjatywy” Zamawiającego, ale po wpływie odwołania, a zakres ponowionej oceny ofert koresponduje z zarzutami i wnioskami odwołania. Gdyby odwołanie nie zostało złożone, ostatnią ważną czynnością w postępowaniu były wybór najkorzystniejszej oferty z 30 czerwca 2021 r.

W ocenie Odwołującego, niedopuszczalne było wszczęcie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż Zamawiający ma obowiązek zawrzeć umowę z wykonawcą wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku wniesienia odwołania ten obowiązek aktualizuje się od momentu wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia kończącego postępowania w sprawie, tj. postanowienia o umorzeniu postępowania wskutek cofnięcia odwołania.

Odwołujący podniósł, że obecne postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia, w związku z czym powinno zostać unieważnione na podstawie art. 225 pkt 6 ustawy Pzp. W przeciwnym razie stworzony zostałby łatwy mechanizm obchodzenia przepisów ustawy Pzp, a zawarcie umowy w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu zależałoby od dowolnej oceny Zamawiającego, który w łatwy sposób mógłby manipulować wynikiem postępowania na korzyść określonego wykonawcy.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że w rozdziale XIII SWZ Zamawiający przewidział termin składania ofert na 16 września 2021 r. Zważywszy na to, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 września 2021 r., wykonawca ma 13 dni kalendarzowych na złożenie oferty.

Odwołujący przytoczył treść art. 131 ust. 1 oraz art. 138 ustawy Pzp i podniósł, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki skrócenia terminu składania ofert, gdyż Zamawiający świadomie i celowo nie chce zawrzeć umowy z wykonawcą wybranym z poprzednim postępowaniu i bezzasadnie wszczyna kolejne postępowanie. Zamawiający

nie opublikował wstępnego ogłoszenia informacyjnego ani też nie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, a skrócenie terminu składania ofert jest nieuzasadnione.

Odwołujący stwierdził, że zakładając, iż zamówienie musi być zrealizowane najpóźniej do 30 listopada 2021 r., to i tak nie jest to już możliwe w ramach toczącego się postępowania, głównie przez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który wydłuża czas realizacji zamówienia, choć w poprzednim postępowaniu Zamawiający nie widział takiej konieczności.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem III ust. 4 SWZ przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie 45 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30 listopada 2021 r. Natomiast przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 45 dni kalendarzowych licząc od dnia przedstawienia przez Zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji (Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z zamówienia opcjonalnego w 2021 r.), jednakże nie później niż do 30 listopada 2022 r.

Odwołujący podał, że w poprzednim postępowaniu rozdział III ust. 4 SWZ przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należało dostarczyć w terminie 60 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, natomiast przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 60 dni kalendarzowych licząc od dnia przedstawienia przez Zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji (Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z zamówienia opcjonalnego w 2021 r.). W wyjaśnieniach oraz modyfikacji z 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający zmienił termin wykonania zamówienia na 80 dni od podpisania umowy. Jak wynika z powyższego, obecnie Zamawiający skrócił termin realizacji zamówienia z 80 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy do 45 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, z ograniczeniem daty zakończenia zakresu podstawowego do 30 listopada 2021 r. oraz zakresu opcjonalnego do 30 listopada 2022 r.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze fakt, że postępowanie zostało wszczęte 3 września 2021 r., termin składania ofert wyznaczono na 16 września 2021 r., termin związania ofertą upływa 15 grudnia 2021 r., nierealnym jest aby od dnia podpisania umowy do upływu terminu zakończenia realizacji umowy upłynęło 45 dni. Samo założenie wyznaczenia terminu granicznego realizacji umowy do 30 listopada 2021 r., zanim upłynie termin związania ofertą, tj. czas przeznaczony na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, jest abstrakcją.

Odwołujący wniósł o wyznaczenie terminu realizacji zamówienia na 80 dni od podpisania umowy oraz wykreślenie granicznej daty realizacji do 30 listopada 2021 r.

Dalej Odwołujący zakwestionował opis przedmiotu zamówienia w następującym zakresie:

1. Odwołujący wskazał, że w pkt. 3.2.2 lit. g Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4.1 do SWZ) Zamawiający wymaga:

tkanina podszewkowa

Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) tkaniny w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN- EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO- 84-A203:2004/2020.

W poprzednim postępowaniu nr WOFiTM/14/2021/PN nie było parametrów barw i reemisji. Stworzenie takiego wymagania jest – zdaniem Odwołującego – niczym nieuzasadnione. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odstąpienia od tych wymagań.

2. Odwołujący wskazał, że w pkt. 3.3. lit. b OPZ Zamawiający wymaga m.in.: *Taśma w kolorze khaki (barwa tła tkaniny zasadniczej).*

Odwołujący podniósł, że takie określenie przedmiotu jest niejednoznaczne, niejasne i wymaga doprecyzowania, gdyż barwa tła tkaniny zasadniczej, z której wykonana ma zostać torba IPMed według normy NO84-A203:2020 jest jasnozielona. Zatem nie wiadomo jaką zamówić taśmę, w barwie khaki czy w barwie tła tkaniny zasadniczej, tj. jasnozielonej. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania koloru taśmy.

3. Odwołujący podniósł, że w obecnej SWZ Zamawiający zastrzył parametry w stosunku do barw – pkt. 3.3.1 e OPZ: *Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) taśmy nośnej w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN- EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO- 84-A203:2004/2020*

W poprzednim postępowaniu nr WOFiTM 14/2021/PN SWZ wymagania dla barw: *Parametry techniczne: – Masa liniowa 20÷29 g/m (wg PN-EN 12127:2000). – Szerokość 25 mm ±1 mm. – Grubość 1,2÷1,6 mm. – Wytrzymałość na rozerwanie nie mniej, niż 650 daN (PN-EN ISO 13934- 1:2002). – Parametry barwy khaki (D65/10 st.): L*=34,11; a*= -0,64; b*=10,92 (wg PNEN ISO 105-J01:2002, – geometria urządzenia pomiarowego: d/0 lub d/8).*

– *Dopuszczalna wartość różnicy barwy, nie więcej niż: $\Delta E^*ab=1,5$ (wg, PNEN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: d/0 lub d/8). – Parametry reemisji zgodnie z wymaganiami określonymi dla barwy jasnozielonej pkt. 2.2 normy NO-84-A203:2020 (geometria urządzenia pomiarowego – 0/d lub 8/d).*

Odwołujący podniósł, że zmiana wymagań dotyczących barwy powoduje, że firma produkująca między innymi taśmy nośne musi zakupić nowy odcień przędz z zagranicy, uzyskać odpowiednie parametry barwy i reemisji, w związku z czym produkcja taśm zajęłaby około 4 miesiące. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przywrócenia wymagań SWZ obowiązujących w poprzednim postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że analogiczna sytuacja dotyczy wymagań co do barw określonych w pkt. 3.4.1.i, pkt. 3.5.1.d, pkt. 3.6.1 oraz pkt. 3.8.f OPZ i wniósł o nakazanie Zamawiającemu przywrócenia zapisów SWZ z poprzedniego postępowania.

4. Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział w pkt 3.4.1 OPZ m.in. następujące wymaganie dla taśmy samozaczepnej (rzep): *Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) taśmy w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84A203:2004/2020.*

Odwołujący podniósł, że wiodący producent taśm samozaczepnych w Europie zadeklarował się, że jest w stanie wykonać rzepy, natomiast dotychczas standardowo różnica barwy wynosiła w tej firmie $\Delta E=2$, co sprawia, że muszą dopracować swój produkt. Orientacyjny czas produkcji taśm wraz z doбором koloru to 7 tygodni.

Odwołujący wniósł o przywrócenie wymagania SWZ obowiązujące w poprzednim postępowaniu dla koloru zielonego, według którego wymaganie dla rzepu obejmowało jedynie ogólny zapis – kolor khaki, bez precyzyjnego określenia wartości współrzędnych barwy, tj.:

- a) Materiał (haczyk i pętelka): poliamid.
- b) Powleczenie z tyłu taśmy (haczyk i pętelka): poliuretan.
- c) Konstrukcja (haczyk i pętelka): tkana.
- d) Taśma (haczyk i pętelka) w kolorze khaki.
- e) Taśma powinna posiadać atest dotyczący bezpieczeństwa i braku szkodliwości dla użytkownika, dopuszczalny jest dokument/oświadczenie wystawione przez producenta zgodnie z wymogami konwencji REACH.

f) Parametry taśmy z techniczne: – Szerokość (haczyk i pętelka): 25 mm ± 1 mm oraz 50 mm ± 1,5 mm. – Całkowita wysokość rozdzielonej taśmy haczyk: 1,7÷2,1 mm. – Całkowita wysokość rozdzielonej taśmy pętelka: 2,2÷2,8 mm. – Gramatura haczyk 300g/m² ±10%. – Gramatura pętelka 350 g/m² ±10%. – Trwałość (haczyk i pętelka), minimum 10 000 cykli łączenie/rozłączenie. – Moc po 10 000 cyklach łączenie/rozłączenie haczyk/pętelka: 50% straty mocy. – Stopień odporności wybarwień na światło, pranie, czyszczenie chemiczne, wodę, tarcie nie mniej niż 4.

5. Zamawiający przewidział w pkt. 3.5 oraz 3.5.1 OPZ m.in. następujące parametry taśmy elastycznej:

– Szerokość 25 mm ±1 mm.

– Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) taśmy w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84-A203:2004/2020

Odwołujący podniósł, że według rysunków zawartych w załączniku 4.1 do SWZ do wykonania torby potrzebna jest także guma o szerokości 37mm, jednakże Zamawiający nie określił jej parametrów.

Podniósł również, że uzyskał informację od producenta gum elastycznych, że jest możliwe wykonanie gumy z podanymi parametrami barwy, natomiast nie podejmą się próby wykonania gumy z podanymi parametrami reemisji na elastycznym elemencie, jakim jest guma. W poprzednim postępowaniu nie było parametrów barw i reemisji, a stworzenie takiego wymagania jest niczym nieuzasadnione.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia parametrów taśmy szer. 37 mm oraz dostąpienia od wymagań co do barwy i reemisji dla gum elastycznych.

6. W przypadku zamków w pkt.3.6.1 OPZ Zamawiający określił następujące m.in. parametry: *Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) zamka błyskawicznego w kolorze khaki p. 2.4.1 lub czarnym p.2.4.2 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d) wg normy NO-84-A203:2004/2020.*

Odwołujący podniósł, że w poprzednim postępowaniu nie było parametrów barw i reemisji, a stworzenie takiego wymagania jest niczym nieuzasadnione. Ponadto wskazał, że producent zamków potwierdził, że termin realizacji zamówienia będzie wynosił ok. 8-9 tygodni.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odstąpienia od wymagań co do barwy i reemisji dla zamka.

7. Odwołujący wskazał, że w pkt. 3.7. OPZ Zamawiający przewidział m.in. następujące parametry nici technicznych: *nici – poliester wielordzeniowy ciągły. W pkt. 3.7.1. Zamawiający przewidział dalsze parametry dla nici, w tym: Masa liniowa 244 x 3 dtex ±5% (wg ISO 2060); Wytrzymałość na rozciąganie 4460 cN ±5% (wg ISO 2062).*

Odwołujący podał, że w poprzednim postępowaniu po zapytaniu oferenta Zamawiający dopuścił następujące nici:

- Materiał: poliester wielordzeniowy ciągły z oplotem bawełnianym
- Masa liniowa 370x3 dtex
- Wytrzymałość na rozciąganie 4400cN +/-5%
- Wydłużenie przy zerwaniu nie więcej niż 30%

Odwołujący podniósł, że aby uzyskać parametry reemisji zgodnie z NO-84-A203 nici muszą posiadać oplot bawełniany i tylko takie są dostępne na rynku. Wymagana wytrzymałość nici nie jest kompatybilna z masą liniową. Parametry reemisji są do osiągnięcia tylko jeśli nici posiadają bawełniany oplot.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przywrócenia parametrów nici z poprzedniego postępowania.

8. Odwołujący wskazał, że w pkt. 3.8 OPZ Zamawiający określił m.in. następujące parametry techniczne dla łącznika elastycznego (linka): *Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) łącznika elastycznego w kolorze khaki p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d) wg normy NO-84A203:2004/2020.*

Odwołujący podniósł, że firma, która zaoferowała Odwołującej linkę elastyczną nie podejmie się próby stworzenia jej z wymaganymi parametrami barwy i reemisji. W większości przypadków producenci takich łączników zajmują się tworzeniem okablowania, nie posiadają wystarczającej wiedzy oraz technologii, aby móc wykonać linki z podanymi parametrami. W poprzednim postępowaniu nie było parametrów barw i reemisji. Stworzenie takiego wymagania jest – zdaniem Odwołującego – niczym nieuzasadnione.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odstąpienia od wymagań co do barwy i reemisji dla łącznika elastycznego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Boxmet Medical Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego w zakresie zarzutów nr 2 i 3.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego terminu składania ofert oraz w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, odnoszących się do parametrów technicznych, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o ich wycofaniu.

W zakresie zarzutów podtrzymanych odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący ponownego wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia

Izba ustaliła, że w postępowaniu wszczętym 22 marca 2021 r. (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 056-140791) Zamawiający, pismem z 30 czerwca 2021 r., poinformował o wyborze oferty spółki M. B. jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 lipca 2021 r. Konsorcjum: „Boxmet Medical” Sp. z o.o., J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D. (dalej: Konsorcjum Boxmet) wniosło odwołanie (sygn. akt KIO 2094/21). Po złożeniu odwołania Zamawiający złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu tego odwołania. Spółka M. B. wniosła sprzeciw wobec tego uwzględnienia. Niezależnie od tego Zamawiający, nie oczekując na zakończenie postępowania odwoławczego, w dniu 14 lipca 2021 r. poinformował, że: *unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonaną w dniu 30.06.2021 r. oraz zawiadamia o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w stosunku do Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*

w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę toreb do Indywidualnego Pakietu Medycznego” sprawa nr WOFiTM/14/2021/PN. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż podtrzymuje decyzję z dnia 30.06.2021 r. w zakresie ofert odrzuconych. W tym samym dniu Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Wobec dokonania czynności odrzucenia oferty spółki M. B. oraz unieważnienia postępowania przetargowego, Konsorcjum Boxmet złożyło oświadczenie o cofnięciu odwołania, w wyniku czego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp (postanowienie z 23 sierpnia 2021 r.).

Zarzut nieuprawnionego wszczęcia kolejnego postępowania odwoławczego, zamiast zawarcia umowy ze spółką M. B., należy uznać za chybiony.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2094/21 zostało umorzone z powodu cofnięcia odwołania. Przed złożeniem przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania Zamawiający unieważnił czynność wyboru i dokonał czynności odrzucenia oferty M. B., a następnie unieważnienia postępowania. Nie ma podstaw twierdzić, że w tej sytuacji czynność wyboru oferty z 30 czerwca 2020 r. pozostała w mocy, niepodważalnym faktem jest bowiem to, że czynność ta została unieważniona i Zamawiający dokonał w postępowaniu nowych czynności. Nie sposób więc obronić tezy, że tych nowych czynności nie było. Na ocenę tej sytuacji nie może wpływać fakt, że Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty pierwszego odwołania, należy bowiem wskazać, że powodem umorzenia postępowania nie było to uwzględnienie, ale cofnięcie odwołania.

Odwołujący słusznie wskazał, że zgodnie z art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Odwołujący wyprowadził jednak z tego przepisu całkowicie nieuprawnione wnioski, domagając się uznania za niebyłe czynności Zamawiającego wykonanych po wniesieniu tego odwołania. Tymczasem zgodnie z art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięcie odwołania ma wyłącznie taką konsekwencję, że nie wywołuje ono skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania. Nie sposób natomiast twierdzić, cofnięcie odwołania powoduje unieważnienie wszelkich zdarzeń faktycznych i prawnych, które zaistniały w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu tego odwołania. Czynności te zostały bowiem faktycznie wykonane, niezależnie od przebiegu postępowania odwoławczego – Zamawiający nie czekał na zakończenie tego postępowania, ale dokonał nowych czynności. Zauważenia wymaga, że Zamawiający jest do takich nowych czynności

uprawniony niezależnie od wnoszonych odwołań, może to zrobić również z własnej inicjatywy. Nie ma więc znaczenia okoliczność, że o potrzebie dokonania tych czynności Zamawiający mógł zdecydować po zapoznaniu się z odwołaniem Konsorcjum Boxmet.

Stanowisko Odwołującego, że po dokonaniu przez Zamawiającego nowych czynności nie mógł wnieść na te czynności odwołania, jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. Wskazać należy, że zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dotyczy to zatem sytuacji, kiedy albo Izba określone czynności nakazała wyrokiem, albo kiedy nakaz ten doszedł do skutku w wyniku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. W rozpoznawanej sprawie, skoro odwołanie wycofane nie wywołało skutków, jakie ustawa wiąże z jego wniesieniem, to nie mogło również wywoływać skutków takich, jakie ustawa wiąże z jego uwzględnieniem. Innymi słowy, skoro odwołanie jest traktowane jak niebyłe, to nie mogą wystąpić skutki prawne uwzględnienia takiego odwołania. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego, odwołanie wniesione na nową czynność nie podlegałoby odrzuceniu. Jeśli Odwołujący z tymi nowymi czynnościami się nie zgadzał, mógł i powinien je zaskarżyć w ustawowym terminie. Nie ma natomiast podstaw, aby kwestionować fakt wszczęcia nowego postępowania w sytuacji, gdy unieważnienie poprzedniego postępowania nie zostało zaskarżone i stało się ostateczne.

W konsekwencji niezasadne jest twierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego obowiązku zawarcia umowy zawartej z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W rozpoznawanej sprawie wybór oferty M. B. został bowiem skutecznie unieważniony.

Zarzut dotyczący terminu wykonania zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdz. III pkt 4 SWZ w pierwotnym brzmieniu:

1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie 45 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30 listopada 2021 r.

2) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 45 dni kalendarzowych licząc od dnia przedstawienia przez Zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji (Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z zamówienia opcjonalnego w 2021 r.), jednakże nie później niż do 30 listopada 2022 r.

W dniu 16 września 2021 r. Zamawiający dokonał zmiany SWZ, stanowiąc, że:

1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie 30 listopada 2021 r.

2) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 45 dni kalendarzowych licząc od dnia przedstawienia przez Zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji (Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z zamówienia opcjonalnego w 2021 r.), jednakże nie później niż do 30 listopada 2022 r.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, że 11 października 2021 r. przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu, w którym wyznaczono termin realizacji zamówienia gwarantowanego na 20 grudnia 2021 r. (Zamawiający przedstawił dowód przekazania sprostowania do publikacji). Odwołujący podtrzymał zarzut, stwierdzając, że również tak określony termin wykonania przedmiotu zamówienia jest niemożliwy do dotrzymania.

Zdaniem Odwołującego takie określenie terminu realizacji zamówienia narusza następujące przepisy prawa:

- art. 99 ust. 1 ustawy Pzp: *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
- art. 99 ust. 4 ustawy Pzp: *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*
- art. 353¹ Kc: *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*
- art. 387 § 1 Kc: *Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.*

W ocenie Izby Zamawiający, określając termin wykonania przedmiotu zamówienia na 20 grudnia 2021 r., nie naruszył przytoczonych wyżej przepisów.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie

wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność postanowienia SWZ w stopniu mającym lub mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

Podkreślenia wymaga również, że zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym terminu jego realizacji. Określenie takich wymagań ze swej natury stanowi pewne ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę, co samo w sobie nie może być utożsamiane z naruszeniem ustawy. Zamawiający ma prawo określić takie oczekiwania, co do których jest w stanie racjonalnie i przekonująco wyjaśnić, że są one usprawiedliwione obiektywnymi potrzebami.

Zamawiający słusznie – zdaniem Izby – podniósł, że twierdzenie Odwołującego o niemożności zrealizowania zamówienia w ww. terminie to jego subiektywne przekonanie, oparte na ocenie własnych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Również złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody w postaci korespondencji z producentami wskazują, że to po stronie Odwołującego i jego kontrahentów dostrzegane są problemy z wykonaniem zamówienia w ustalonym terminie. Odwołujący nie wykazał natomiast, aby zachowanie tego terminu było obiektywnie niemożliwe dla wszystkich lub dla wielu wykonawców działających w branży związanej z przedmiotem zamówienia. Zauważenia przy tym wymaga – na co zwrócił uwagę Zamawiający – że inni wykonawcy nie zgłaszali wniosków o zmianę terminu, co dodatkowo podważa twierdzenia Odwołującego, że wykonanie przedmiotu zamówienia w określonym przez Zamawiającego terminie jest obiektywnie niemożliwe.

Zamawiający natomiast wykazał i uzasadnił potrzebę wyznaczenia terminu realizacji zamówienia najpierw na 30 listopada 2021 r., a następnie na 20 grudnia 2021 r. Zamawiający przedłożył Decyzję nr 202/MON Ministra Obrony Narodowej z 23 czerwca 2016 r., która w § 9 ust. 9 stanowi, że: *Szefowie instytucji realizujących zadania rzeczowe zapewnią umieszczenie w umowach klauzul gwarantujących, że ostateczny termin rzeczowej realizacji zamówień upływa z dniem 30 listopada, a termin dostarczenia dokumentów rozliczeniowych do zamawiającego (umożliwiających dokonanie wydatków) w zakresie zadań rzeczowych finansowanych z budżetu resortu obrony narodowej, upływa z dniem 10 grudnia roku realizacji umowy.* Zamawiający uzyskał zgodę na wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 20 grudnia 2021 r. i po uzyskaniu tej zgody przekazał do publikacji zmianę

ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu wykonania dostawy. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający należycie wykazał, że określony przez niego termin realizacji zamówienia ma potwierdzenie w jego potrzebach i jest uzasadniony obiektywnymi względami.

Wobec powyższego brak jest podstaw do stwierdzenia, że określając termin wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy prawa, w tym, że zaskarżone postanowienia SWZ utrudniają uczciwą konkurencję lub będą powodować zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie – w zakresie zarzutów podtrzymanych – podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: