

Sygn. akt: KIO 65/22

POSTANOWIENIE
z dnia 24 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2022 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 roku przez wykonawcę **Linde Gaz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi**

postanawia

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz **Linde Gaz Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

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 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 – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm. – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa gazów medycznych wraz z dzierżawą butli do SP ZOZ MSWiA w Łodzi (powtórka).

W 10 stycznia 2022 roku wykonawca Linde Gaz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 16 pkt. 1 ustawy P.z.p., tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz z ostrożności do art. 17 ust. 3 ustawy Pzp;

2. naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p., tj. udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

3. (z ostrożności) naruszenia art. 17 ust. 3 ustawy P.z.p., tj. prowadzenie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu;

4. naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz z ostrożności do art. 17 ust. 3 ustawy P.z.p.;

5. (z ostrożności) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy P.z.p. tj. zaniechanie czynności odrzucenia oferty firmy MEDGAZ Sp. z o.o., ul. Henryka Sienkiewicza 153 lok. 1A, 90302, Łódź (dalej firma Medgaz vel spółka Medgaz), ponieważ nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w nawiązaniu do art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy P.z.p.;

6. naruszenie art. 128 ust. 3 ustawy P.z.p., tj. zaniechanie czynności wezwania wykonawcy firmy Medgaz do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzania spełnienia przez nią

warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w nawiązaniu do art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p.

7. naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p., tj. zaniechanie czynności wezwania wykonawcy firmy Medgaz do wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w nawiązaniu do art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy P.z.p.;

8. naruszenie art. 274 ust. 3 ustawy P.z.p., tj. zaniechanie czynności wezwania wykonawcy firmy Medgaz do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w nawiązaniu do art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy P.z.p.;

9. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy P.z.p., tj. wybór oferty spółki Medgaz jako niezgodnej z przepisami ustawy w nawiązaniu do art. 17 ust. 2 i z ostrożności art. 17 ust. 3 ustawy P.z.p.;

10. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., tj. czynność wyboru oferty spółki Medgaz, w sytuacji gdy jest niezgodna z warunkami zamówienia w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 oraz art. 7 pkt. 29 ustawy P.z.p.;

11. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt ustawy P.z.p., tj. czynność wyboru oferty spółki Medgaz, w sytuacji gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w nawiązaniu do czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art. 15 ust. 1 pkt. 5 oraz art 15 ust. 2 pkt. 1 oraz art. 240 ust. 1 ustawy P.z.p.;

W oparciu o powyższe odwołujący wniósł o:

a. powtórzenie czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert w niniejszym postępowaniu;

b. (z ostrożności) odrzucenie oferty wykonawcy: Medgaz - ponieważ nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w nawiązaniu do art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy P.z.p. (pkt. 9.2.3 SWZ Wykaz dostaw lub usług);

c. odrzucenie oferty wykonawcy Medgaz ponieważ oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy, a zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm;

d. odrzucenie oferty wykonawcy: Medgaz, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego);

e. odrzucenie oferty wykonawcy: firmy Medgaz - ponieważ oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawierając nierealny i niemożliwy do dotrzymania termin realizacji zamówienia, który to termin spowodował przewagę oferty wykonawcy nad ofertami pozostałych uczestników postępowania o zamówienie publiczne;

f. wezwanie do złożenia wyjaśnień złożonych ofert w zakresie oferty firmy Medgaz — warunki zamówienia/opis przedmiotu zamówienia/ wymagania związane z realizacją zamówienia przy niedopuszczalności prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści . Dotyczy Tlen medyczny butle (2L,3L, 5L, 8L, IOL), butle aluminiowe ze zintegrowanym na stałe w jednym module reduktorem, manometrem i przepływomierzem, nie zakłócające pola magnetycznego wezwanie wykonawcy: spółki Medgaz do uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, ponieważ zawierają one błędy. Dotyczy wykazu dostaw lub usług oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonane należycie (pkt. 9.2.3 SWZ);

g. wezwanie wykonawcy: spółki Medgaz do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Dotyczy wykazu dostaw lub usług oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonane należycie (pkt. 9.2.3 SWZ);

h. wezwanie wykonawcy: spółki Medgaz do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Dotyczy wykazu dostaw lub usług oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonane należycie (pkt. 9.2.3 SWZ); i w konsekwencji - uznania oferty odwołującego w zakresie przedmiotowego postępowania jako najkorzystniejszej, a także;

j. zwrot na rzecz odwołującego kosztów postępowania w sprawie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 stycznia 2022 roku, zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty:

1. naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p.

2. naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p., tj. zaniechanie czynności wezwania wykonawcy firmy Medgaz do wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w nawiązaniu do art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy P.z.p.;

3. naruszenie art. 274 ust. 3 ustawy P.z.p., tj. zaniechanie czynności wezwania wykonawcy firmy Medgaz do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w nawiązaniu do art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy P.z.p. i żądania:

- powtórzenia czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert w niniejszym postępowaniu; - wezwania wykonawcy: Spółki Medgaz do uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, ponieważ zawierają one błędy. Dotyczy wykazu dostaw lub usług oraz dokumentów potwierdzających że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt 9.2.3 SWZ); wezwania do złożenia wyjaśnień złożonych ofert w zakresie oferty Spółki Medgaz — warunki zamówienia [opis przedmiotu zamówienia/ wymagania związane z realizacją zamówienia. Dotyczy Tlen medyczny butle (2L,3L, 5L, 8L, IOL), butle aluminiowe ze zintegrowanym na stałe w jednym module reduktorem, manometrem i przepływomierzem, nie zakłócające pola magnetycznego.

Ponadto zamawiający wniósł o:

1. umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów;

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o:

2. oddalenie odwołania;

3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania;

4. dopuszczenie dowodów z załączonych do odpowiedzi na odwołanie dokumentów na okoliczność: częściowe uwzględnienia zarzutów odwołania, bezzasadności pozostałych zarzutów, braku podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Medgaz sp. o.o., posiadania przez ww. spółkę butli o pojemności 31 i 81, spełniania przez wykonawcę Medgaz sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu, zgodności jego oferty z przepisami

ustawy i warunkami zamówienia, braku popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 21 stycznia 2022 roku oświadczył, że wycofuje wszystkie postawione zarzuty, poza tymi, które zostały uwzględnione przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 522 ust. 3, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania

odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

– w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący