

Sygn. akt: KIO 2593/22

POSTANOWIENIE

z dnia 17 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę **Medicavera Sp. z o.o. Dahlhausen Group, ul. Majowa 2, 71-374 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59-220 Legnica**

przy udziale wykonawcy „Promed” S.A., ul. Działkowa 56, 02-234 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Medicavera Sp. z o.o. Dahlhausen Group, ul. Majowa 2, 71-374 Szczecin** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy (dalej: „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy różnego sprzętu medycznego i materiałów medycznych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 maja 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2022/S 093-253436.

W dniu 3 października 2022 r. wykonawca Medicavera Sp. z o.o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Promed S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Promed S.A. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w sytuacji, gdy oferowane przez ww. wykonawcę maski anestetyczne nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w kolumnie B załącznika 2A do SWZ w zakresie posiadania na zewnętrznej powierzchni antypoślizgowych elementów ułatwiających uchwyt maski,
- 2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Promed S.A. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Promed S.A. jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Promed S.A.,
- 3) ponownego dokonania czynności oceny i badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu,
- 4) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Promed S.A.

W dniu 12 października 2022 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Wykonawca Promed S.A., prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawił się na posiedzenie Izby w dniu 17 października 2022 r. Izba zważyła, że ustawodawca nie wskazał terminu, w jakim wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Nie budzi to jednak wątpliwości, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie Pzp, w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uznaniu odwołania w całości, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Z uwagi na brak oświadczenia wykonawcy Promed S.A. co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo wykonawcy Promed S.A. na posiedzeniu nie wstrzymywało postępowania odwoławczego, wobec dyspozycji art. 549 ust. 4 ustawy Pzp. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy 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. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego sformułowanego w piśmie z dnia 17 października 2022 r., innych niż wpis od odwołania. § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania nie pozostawia pola do podziału kosztów według uznania Izby. Przepis ten stanowi, że w sytuacji, jaka zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, tj. uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i braku sprzeciwu ze strony wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia (m.in. koszty związane z dojazdem na posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika) znosi się wzajemnie.

Przewodniczący :