

Sygn. akt: KIO/1492/10

POSTANOWIENIE
z dnia 28 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Dziuban Agata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 lipca 2010 r. przez **Dako Polska Sp. z o.o. ul. Świętojańska 134, 81-404 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. Kosztami postępowania obciąża **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Dako Polska Sp. z o.o. ul. Świętojańska 134, 81-404 Gdynia,**
 - 2) dokonać zwrotu kwoty **15 319 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy trzysta dziewiętnaście złotych zero groszy) przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk** na rzecz **Dako Polska Sp. z o.o. ul. Świętojańska 134, 81-404 Gdynia,** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości przekraczającej kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej Pzp, na dostawę odczynników do przeprowadzania barwień immunohistochemicznych na preparatach histologicznych i cytologicznych wraz z dzierżawą aparatu do barwień. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2010/S 48-070649 w dniu 10 marca 2010 r.

Dnia 7 lipca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawcę Dako Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (odwołującego) o odrzuceniu jego oferty w zakresie Pakietu nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Stwierdził, iż treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca Dako Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania wezwania Dako Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 26 ust. 4 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp,
- 2) zaniechania wezwania Dako Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sposób skonkretyzowany, precyzyjny, pozwalający na rzetelne, pełne i wyczerpujące wyjaśnienie wątpliwości zamawiającego odnośnie zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając naruszenie art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp,
- 3) odrzucenia oferty Dako Polska Sp. z o.o. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp,
- 4) unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu 1 z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp,

Odwołujący zażądał w odwołaniu nakazania zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu nr 1,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietu nr 1,

- powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w zakresie Pakietu nr 1, w tym wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, iż na skutek naruszeń przepisów ustawy przez zamawiającego, oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty spodziewanych korzyści związanych z ewentualnym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na skutek wezwania do wzięcia udziału w tym postępowaniu, skierowanego przez zamawiającego do tego wykonawcy w dniu – jak wynika z treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego – 16 lipca 2010 r., zgłosił w dniu 19 lipca 2010 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, iż posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego albowiem oczekuje, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będzie prowadzone zgodnie z prawem, a działania odwołującego zmierzają do wymuszenia na zamawiającym zachowania sprzecznego z ustawą, toteż oponowanie przeciwko tej praktyce jest w pełni uprawnione i celowe.

W dniu 27 lipca 2010 r. odwołujący wniósł opozycję przeciw przystąpieniu Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, którą poparł również w toku posiedzenia zamawiający. Odwołujący podniósł, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, a wykonawca ten nie wniósł odwołania wobec tej czynności. W związku z powyższym, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty stała się ostateczna, a wykonawca utracił status uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, w ocenie odwołującego zgłaszający przystąpienie nie wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Zdaniem odwołującego interes w rozumieniu art. 185 ust. 3 Pzp nie może uprzywilejowywać wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w stosunku do wykonawcy odwołującego się, który musi legitymować się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący uznał, podane przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. uzasadnienie zgłoszenia przystąpienia za nieprzekonujące. Powołał się na opinię zamieszczoną na stronie internetowej UZP, zgodnie z którą wykonawca wnoszący odwołanie (środek ochrony prawnej) „nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia, przewidywanego w przyszłości”. Odwołujący podkreślił, iż w zgłoszeniu przystąpienia wykonawca nie powołał się nawet na to, iż utrzymanie w mocy czynności unieważnienia postępowania pozwoli mu złożyć kolejną ofertą w ponownym przetargu i odzyskać szansę na uzyskanie zamówienia.

W dniu 28 lipca 2010 r. po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron zamawiający złożył ustnie do protokołu oświadczenie, iż uwzględnia wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu, zgodnie z żądaniami odwołującego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba uznała, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w niniejszej sprawie, tj. Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie uzyskał przymiotu formalnoprawnego uczestnika postępowania odwoławczego, w świetle art. 185 ust. 3 Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Izba w toku posiedzenia stwierdziła, że przystępujący Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie ma interesu w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, po którego stronie wykonawca przystąpił. Izba uwzględniła opozycję przeciw przystąpieniu, zgłoszoną na podstawie art. 185 ust. 4 Pzp przez odwołującego, popartą przez zamawiającego,.

W ocenie Izby, Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie wykazał, iż uzyskanie rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu na korzyść zamawiającego, daje wykonawcy korzyści w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę fakt, że oferta tego wykonawcy została ostatecznie odrzucona. W ocenie Izby, występowanie w celu obrony normy ogólnej co do przestrzegania prawa nie wyczerpuje przesłanki posiadania interesu w przystąpieniu do jednej ze stron postępowania. Ponadto, zdaniem Izby, w odniesieniu do wykonawcy zgłaszającego przystąpienie musi istnieć obiektywna potrzeba (interes) uzyskania określonego rozstrzygnięcia w danym postępowaniu na korzyść strony, do której przystępuje. W toku niniejszego postępowania zostało uprawdopodobnione, iż przystępujący po stronie zamawiającego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. takiej obiektywnej potrzeby nie wykazał.

Biorąc powyższe pod uwagę, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym należało uznać zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez firmę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. za nieskuteczne. Tym samym przystępujący nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie.

W tym stanie sprawy, uwzględniając okoliczność, iż zamawiający po otwarciu posiedzenia ustnie do protokołu uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu, zgodnie z żądaniami odwołującego, Izba - działając na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie. Zgodnie z art. 186 ust. 3 zdanie drugie w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp w związku z art. 186 ust. 3 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b w związku z § 5 ust. 1 pkt 1 zdanie drugie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego. Izba uwzględniła poniesiony przez odwołującego koszt wpisu oraz koszt dojazdu na posiedzenie, noclegu i opłaty skarbowej – w wysokości określonej na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia. Izba nie uwzględniła kwoty 3600 zł, uznając, iż oświadczenie co do wysokości wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego zawarte w „spisie kosztów” złożonym do akt sprawy nie stanowi rachunku w rozumieniu ww. przepisu.

Przewodniczący:

.....