

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 14 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2015 r. przez ABOOK Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie

przy udziale Polmil spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo-akcyjnej w Bydgoszczy i SKAMEX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w Łodzi zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz ZARYS International Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo-akcyjnej w Zabrze i Mercator Medical Spółki Akcyjnej w Krakowie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15. 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz ABOOK Sp. z o.o. w Warszawie.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej jako „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa rękawiczek medycznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 listopada 2014 r. pod numerem 2014/S 223-393760. Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznych zamawiający za pośrednictwem poczty elektronicznej przesłał informację o wyniku postępowania. W części 1 zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Polmil spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo-akcyjnej w Bydgoszczy (POLMIL Sp. z o.o. S.K.A.), a w części 3 ofertę SKAMEX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w Łodzi (SKAMEX Sp. z o.o. S.K.) w związku z czym 30 kwietnia 2015 r. ABOOK Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy części 1 i 3 postępowania i zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SKAMEX Sp. z o.o. S.K. jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie części 3;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie części 3;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert bez uwzględnienia opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert;
- art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, czy istniejące powiązania pomiędzy spółkami SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. w części 3 choć podlegała ona odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że gdyby nie zaniechanie zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty SKAMEX Sp. z o.o. S.K. oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu w zakresie części 3. Wskazał, że z uwagi na zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. w części 1 postępowania doszło do przeprowadzenia aukcji przy udziale wykonawców, którzy mogą podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co

uniemożliwiło odwołującemu uzyskanie zamówienia również w tej części.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w części 1 i 3, odrzucenie oferty SKAMEX Sp. z o.o. S. K. w części 3, odrzucenie oferty POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. w części 3, wezwanie SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, czy istniejące powiązania pomiędzy spółkami nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i 3.

Wykonawcy SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, natomiast wykonawcy ZARYS International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Zabrze i Mercator Medical Spółka Akcyjna w Krakowie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli odpowiednio o oddalenie oraz o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, natomiast w czasie posiedzenia z udziałem stron i uczestników wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie zarzutów naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie, czy istniejące powiązania pomiędzy spółkami SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oświadczył, że uwzględnia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert bez uwzględnienia opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert.

Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji 1 kwietnia 2015 r.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że zarzuty naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp zostały podniesione z uchybieniem terminu. Mimo, że ustawa nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, zarzuty te nie mogą być rozpoznane na rozprawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi uporządkowany ciąg sukcesywnych czynności zamawiającego. Komplementarnie wykonawcy zobowiązani są do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec tych czynności z zachowaniem prekluzyjnego terminu, którego upływ powoduje utratę prawa do podnoszenia zarzutów. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp powinny być podniesione zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp w terminie liczonym od dnia przesłania przez zamawiającego zaproszenia do udziału w aukcji. Obecnie zgodnie z powołanym przepisem mogą być badane zarzuty dotyczące wyboru

najkorzystniejszej oferty w związku z przebiegiem aukcji w części 1 i 3, które odbyły się 7 i 10 kwietnia 2015 r. Odwołujący nie podnosi jednak zarzutów wobec przebiegu aukcji, lecz kwestionuje ocenę podmiotową wykonawców – możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. (art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp) i ocenę formalną ofert złożonych przez tych wykonawców (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), które poprzedziły zaproszenie do udziału w aukcji i mogłyby spowodować wadliwość czynności zaproszenia do udziału w aukcji. Zarzuty te powinny być podniesione w terminie liczonym od dnia przesłania zaproszenia do udziału w aukcji, a nie od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji, ani w terminie liczonym od dnia w którym odwołujący uzyskał dostęp do protokołu postępowania wraz z załącznikami. Art. 182 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie wobec czynności innych, niż te o których zamawiający zobowiązany jest przesłać informacje. Analogiczny pogląd w zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania w związku z zaproszeniem do udziału w aukcji został wyrażony w uzasadnieniach orzeczeń w sprawach KIO 907/13, KIO 939/13, KIO 1713/13 i KIO 1383/14.

Po podaniu do protokołu uzasadnienia niedopuszczalności rozpoznania zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp odwołujący wycofał te zarzuty.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie zawiera wyłącznie zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert bez uwzględnienia opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert. Wycofanie przez odwołującego zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp powoduje taki stan rzeczy jakby zarzuty te nie były podniesione w ogóle (*arg. a maiori ad minus* z art. 187 ust. 8 Pzp).

SKAMEX Sp. z o.o. S.K. i POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. nie zgłosili sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesienie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W sprawie zaistniały wszystkie przesłanki wskazane w powołanym przepisie, zatem Izba na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....