

Sygn. akt: KIO 2380/18

POSTANOWIENIE
z dnia 3 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 3 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2018 r. przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu

przy udziale wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do postanowienia z dnia 3 grudnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2380/18

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera z siedzibą przy ul. Św. Józefa 53 – 59 w Toruniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa aparatu rezonansu magnetycznego 3T z wyposażeniem w ramach projektu nr RPKP.02.01.00-04.0002/17 „Budowa Kujawsko – Pomorskiego systemu udostępniania elektronicznej dokumentacji medycznej – I etap”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 listopada 2018 r. pod numerem 2018/S 213-487892, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) dalej jako „p.z.p.”

W dniu 6 listopada 2018 r. zamawiający upublicznił na swojej stronie internetowej dokumentację postępowania, zaś w dniu 16 listopada 2018 r. odwołanie wobec jej treści wniósł wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wołoskiej 9 w Warszawie, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, uniemożliwiając tym samym złożenie oferty przez odwołującego, w zakresie parametrów z pkt 14, 171, 230, 245 i 285 załącznika nr 2a do SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ, zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Żupniczej 11 w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”.

W dniu 22 listopada 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, zawierająca oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej parametrów z pkt 14, 230 i 245 załącznika nr 2a do SIWZ, w pozostałym zakresie wniesiono

o oddalenie odwołania. Przedmiotowe oświadczenie złożyła osoba właściwie umocowana do składania oświadczeń w imieniu zamawiającego, zgodnie z reprezentacją ujawnioną w Krajowym Rejestrze Sądowym zamawiającego (KRS nr 0000004086).

Pismem z dnia 28 listopada 2018 r., doręczonym Izbie 29 listopada 2018 r., prawidłowo umocowany pełnomocnik odwołującego wycofał nieuwzględniony przez zamawiającego zarzut, dotyczący parametrów z pkt 171 i 285 załącznika nr 2a do SIWZ.

Na wyznaczonym na dzień 3 grudnia 2018 r. posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, stawił się wyłącznie zamawiający, który przedłożył oryginał odpowiedzi na odwołanie i wniósł o zasądzenie kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu, na tę okoliczność przedłożono fakturę VAT.

Odwołujący i przystępujący, zgodnie z aktami sprawy prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia, nie stawili się.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3a p.z.p. „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie 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.”

Przesłankami obligującymi Izbę do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, które muszą zaistnieć łącznie są 1) skuteczne oświadczenie woli zamawiającego o uwzględnieniu części zarzutów zawartych w odwołaniu, 2) brak oświadczenia przystępującego co do wniesienia sprzeciwu względem autorewizji zamawiającego oraz 3) skuteczne oświadczenie woli odwołującego o wycofaniu zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego.

Sprzeciw, zgodnie z art. 186 ust. 5 p.z.p., przystępujący wnosi w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Warto nadmienić, iż Ustawodawca nie dokonał szczegółowej regulacji terminu w jakim przystępujący może złożyć oświadczenie o sprzeciwie. Nie budzi to jednak wątpliwości interpretacyjnych, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi

określonymi w ustawie, w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy uznać, że zamawiający w piśmie z 22 listopada 2018 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, odwołujący pismem z 28 listopada 2018 r. wycofał pozostałe, nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty, zaś przystępujący nie stawiał się na wyznaczonym posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2018 r.

W tym stanie rzeczy moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zaznaczyć należy, iż 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. Wniesienie sprzeciwu przez przystępującego stanowi zatem *conditio sine qua non* kontynuacji postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje za zasadne zarzuty postawione przez odwołującego, gdyż skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w kontradyktoryjnym procesie. Wobec braku oświadczenia przystępującego sprawa nie zostanie skierowana na rozprawę, a więc Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego, poprzez umorzenie postępowania odwoławczego.

Zaznaczyć również należy, iż instrument w postaci możliwości zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia w odwołania przez zamawiającego, wprowadzony został przez Ustawodawcę w celu ochrony interesu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego. Przystępujący Siemens Healthcare Sp. z o.o. w Warszawie miał więc możliwość stawienia się na posiedzeniu i skorzystania z prawa do wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, a także wykazania, że treść dokumentacji nie powinna być modyfikowana przez zamawiającego.

Przystępujący nie stawiał się na posiedzeniu, co należało poddać ocenie przez pryzmat § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 poz. 1092 ze zm.), który stanowi, że „Niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.” Przepis ten na mocy § 3 wyżej wskazanego rozporządzenia stosuje się odpowiednio do posiedzeń.

W ocenie Izby niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o *de facto* rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym, a także wyczerpuje drugą przesłankę – braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 186 ust. 3a p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, w wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w art. 186 ust. 3a p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba wydała na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 p.z.p., który stanowi, iż w okolicznościach art. 186 ust. 3a koszty postępowania znosi się wzajemnie, przy czym Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu, poniesionych w związku z postępowaniem odwoławczym.

Wzajemne zniesienie kosztów oznacza, że żadna ze stron nie zwraca kosztów postępowania drugiej, co jest związane z faktem, że w rozpoznawanym stanie rzeczy nie ma strony wygrywającej i przegrywającej sprawę, zatem w praktyce oznacza to, że strony ponoszą koszt udziału w sprawie we własnym zakresie.

Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczanego wpisu, z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....