

Sygn. akt: KIO 1963/15

POSTANOWIENIE
z dnia 21 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2015 r. przez wykonawcę **Stryker Polska sp. z o.o. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Biomet Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy **Stryker Polska sp. z o.o. w Warszawie, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa wyrobów medycznych, w tym dla oddziału chirurgii urazowo-ortopedycznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2015 r. nr 2015/S 122-222652. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Biomet Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”, w zakresie części 1 i 2 zamówienia,
- 2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, 2 zamówienia wykonawca Stryker Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 7 września 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”:
 - a) w zakresie pakietu nr 1, część 1, gdyż oferta przystępującego nie spełnia wymogu zapewnienia elementu udowego jednoosiowego w płaszczyźnie strzałkowej w zakresie 10-100 stopni z podniesioną o 7° przednią częścią zapobiegającą tzw. notching - nadmiernemu naciskowi implantu na warstwę korową przedniej części uda oraz wymogu zapewnienia, aby wszystkie wkładki posiadały geometrię umożliwiającą poruszanie się elementu udowego po łuku rotacyjnym,
 - b) w zakresie pakietu nr 1, część 2, pozycja 2, gdyż oferta przystępującego nie spełnia wymogu zapewnienia przez system lavage posiadania szczotki do powierzchni stawu kolanowego,
 - c) w zakresie pakietu nr 1, część 2, pozycja 3, gdyż oferta przystępującego nie spełnia wymogu zapewnienia ostrza precyzyjnego, w którym pracuje tylko sama część końcowa brzeszczotu, bez bicia całego ostrza,

- d) w zakresie pakietu nr 2, część 1, pozycja 1, gdyż oferta przystępującego nie spełnia wymogu zapewnienia elementu udowego jednoosiowego w płaszczyźnie A/P w zakresie 10-100 stopni z podniesioną o 7° przednią częścią zapobiegającą tzw. notching - nadmiernemu naciskowi implantu na warstwę korową przedniej części uda,
 - e) w zakresie pakietu nr 2, część 1, pozycja 2, gdyż oferta przystępującego nie spełnia jakiegokolwiek wymogu wskazanego przez zamawiającego dla tej pozycji, w szczególności produkt zaoferowany w tym zakresie przez przystępującego nie jest protezą związaną w zakresie stawu kolanowego z systemem opartym na obrotowym mechanizmie zawiasowym,
 - f) w zakresie pakietu nr 2, część 2, pozycja 2, gdyż oferta przystępującego nie spełnia wymogu zapewnienia przez system lavage posiadania szczotki do powierzchni stawu kolanowego,
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez dokonanie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
 - 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty przystępującego jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 10 września 2015 r. oraz przekazanej kserokopii dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 7 września 2015 r., drogą elektroniczną.

W dniu 10 września 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Biomet Polska sp. z o.o. w Warszawie.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 21 września 2015 r., godz. 10.00 Przystępujący został

prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia faksem w dniu 15 września 2015 r. Przystępujący potwierdził fakt otrzymania faksu.

Ustalono także, że 16 września 2015 r., przed rozpoczęciem rozprawy, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Pismem z dnia 17 września 2015 r., na mocy postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej, przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Przystępujący potwierdził fakt otrzymania faksu.

Na posiedzenie Izby wyznaczone w dniu 21 września 2015 r. o godz. 10.00 przystępujący się nie stawił i nie złożył oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zamawiający złożył skuteczne oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów w całości. Jedyne uczestnik postępowania, który złożył skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, tj. przystępujący, został prawidłowo wezwany na posiedzenie Izby. Wezwanie na posiedzenie Izby zostało przesłane przystępującemu faksem, co ten potwierdził zwrotnym faksem. Powyższe odpowiadało treści § 15 ust. 4 w zw. z § 15 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964).

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone w dniu 21 września 2015 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez

zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14) czy postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła zatem, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywoływanym przepisem, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wnieśli 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 związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 3, art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia 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), zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy - Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Izba uznała, iż nie ma podstaw, aby uczynić zadość wnioskowi odwołującego i zasądzić na jego rzecz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, tj. obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika. W świetle § 5 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia byłoby to możliwe jedynie w przypadku, gdyby zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu dopiero po otwarciu rozprawy. W rozpoznawanej sprawie uczynił to jeszcze przed otwarciem rozprawy.

Przewodniczący: