

Sygn. akt: KIO 1962/19

POSTANOWIENIE
z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2019 r. przez wykonawcę **Hurtownia Farmaceutyczna MEDIFARM Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku**,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **Hurtownia Farmaceutyczna MEDIFARM Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **Hurtownia Farmaceutyczna MEDIFARM Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawy środków czystości do mycia i dezynfekcji podłóg i innych powierzchni oraz worki, fartuchy i golarki* z podziałem na części (znak postępowania: DZPZ-560-PN/65-2019).

W dniu 2 października 2019 r. wykonawca Hurtownia Farmaceutyczna MEDIFARM Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części nr 2 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie części nr 2,
2. zaniechanie odrzucenia oferty firmy: Medisept Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 2 jako niespełniającej wymogów siwz,
3. naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 2,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 2,
4. odrzucenia oferty złożonej przez Medisept w zakresie części nr 2,
5. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2019 r. pod numerem 575629-N-2019.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia stosując przepisy właściwe dla postępowań o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 23 września 2019 r. za najkorzystniejszą w zakresie części 2-jej Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Medisept Sp. z o.o. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

W dniu 27 września 2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o korekcie wyniku – zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny, nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, co może spowodować otrzymanie asortymentu o innym przeznaczeniu, a także opisie mogącym utrudniać uczciwą konkurencję.

Do postępowania odwoławczego w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Stosownie natomiast do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje w postępowaniach poniżej tzw. „progów unijnych”, a rozpatrywanie zarzutów z przekroczeniem zakresu wynikającego z ww. przepisu powodowałoby obejście tego przepisu, którego celem było ograniczenie czynności, wobec których można wnieść odwołanie. Powyższy katalog nie obejmuje czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, jak również ogólnego „prowadzenia postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Ww. katalog nie obejmuje swoim zakresem żądania odrzucenia oferty konkurującego wykonawcy, innego niż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi bowiem wyraźnie o odrzuceniu

oferty, ale odwołującego się. Podobnie jak wskazuje na wybór oferty najkorzystniejszej, ale dokonany.

Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy, z analizy treści odwołania jednoznacznie wynika, że dotyczy ono czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części 2, która nie mieści się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nawet przy uwzględnieniu szerokiej wykładni określenia wybór najkorzystniejszej oferty w wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Nadto Odwołujący w treści wniesionego odwołania zarzucał Zamawiającemu naruszenie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Medisept Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ. Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący pomija, że czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Medisept Sp. z o.o. dokonana w dniu 23 września 2019 r. została finalnie przez Zamawiającego unieważniona wskutek dokonanej w dniu 27 września 2019 r. korekty wyniku postępowania, w ramach którego Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu części nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego, Zamawiający, w ramach przysługującego mu prawa do samokontroli, zweryfikował dokonane przez siebie w części 2 zamówienia czynności i zniweczył je, unieważniając postępowanie w tej części. Innymi słowy, czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 2 z dnia 23 września 2019 r. na moment wniesienia odwołania przestała istnieć, a to od tej czynności Odwołujący mógłby wnieść odwołanie i żądać odrzucenia wybranej przez zamawiającego oferty (zob. uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt: III CZP 58/17).

Jeżeli zatem, jak wskazano powyżej, odwołanie od czynności unieważnienia postępowania nie przysługuje, to inne hipotetyczne czynności w postępowaniu, niedokonane przez Zamawiającego z powodu owego unieważnienia, również nie mogą być przedmiotem odwołania. Jediną czynnością, która mogłaby zmienić sytuację Odwołującego jest zmiana czynności, wobec której odwołanie nie przysługuje, tj. unieważnienie części 2 postępowania (unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 2).

Dodatkowo zauważyć należy, iż jeśli Odwołujący chciał zakwestionować czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Medisept Sp. z o.o., która w jego ocenie była niezgodna z treścią SIWZ, co też powinno skutkować odrzuceniem oferty ww. wykonawcy, to winien to uczynić wówczas, gdy Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty ww. wykonawcy w dniu 23 września 2019 r., w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione ustalenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliuguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia,

że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: