

Sygn. akt: KIO 2480/19

POSTANOWIENIE

z dnia 18 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 18 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **NEOMED Polska Sp. z o.o. Sp. k., ul. Szymanów 9E, 05-532 Góra Kalwaria** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Kardiologii im. Prymasa Tysiąclecia Stefana Kardynała Wyszyńskiego, ul. Alpejska 42, 04-628 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **NEOMED Polska Sp. z o.o. Sp. k., ul. Szymanów 9E, 05-532 Góra Kalwaria** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Instytut Kardiologii im. Prymasa Tysiąclecia Stefana Kardynała Wyszyńskiego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę obłożenia pola operacyjnego. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2019/S 136-334529.

W dniu 6 grudnia 2019 r. wykonawca NEOMED Polska Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu tj. od:

- a) czynności unieważnienia postępowania w Pakiecie nr 7 i 13 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
- b) braku podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania w Pakiecie nr 7 i 13,
- c) czynności badania i oceny oferty złożonej w Pakiecie nr 7 przez wykonawcę ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k. (dalej: „ZARYS”),
- d) zaniechania czynności poprawienia w ofercie wykonawcy ZARYS oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
- e) z ostrożności - zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZARYS w Pakiecie Nr 7,
- f) zaniechania udostępnienia protokołu z weryfikacji i oceny próbek oferowanego przez wykonawcę ZARYS w Pakiecie Nr 7 przedmiotu zamówienia,
- g) zaniechania dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, w Pakiecie Nr 7,
- h) zaniechania dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, w Pakiecie Nr 13.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w Pakiecie nr 7 i 13, pomimo że przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania w Pakiecie nr 7 i 13,
- c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie ZARYS (złożonej w Pakiecie Nr 7) oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
- d) z ostrożności - art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty ZARYS (złożonej w Pakiecie Nr 7) pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,
- e) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załącznika do protokołu postępowania, tj. protokołu z weryfikacji i oceny próbek oferowanego przez ZARYS przedmiotu zamówienia,
- f) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Pakiecie Nr 7,
- g) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Pakiecie Nr 13.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność unieważnienia postępowania w Pakiecie nr 7 i 13;
- b) dokonał ponownego badania oferty złożonej przez ZARYS w Pakiecie Nr 7;
- c) dokonał w ofercie ZARYS (złożonej w Pakiecie Nr 7) poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- d) w razie uwzględnienia postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3

ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty ZARYS, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ - dokonał odrzucenia oferty ZARYS w Pakiecie Nr 7;

e) udostępnił protokół z weryfikacji i oceny złożonych przez ZARYS próbek oferowanego przedmiotu zamówienia;

f) dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych złożonych ofert w Pakiecie Nr 7;

g) dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w Pakiecie Nr 13.

Przystąpienie od postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 12 grudnia 2019 r. wykonawca ZARYS.

Na posiedzeniu w dniu 18 grudnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 17 grudnia 2019 r.), w której oświadczył, że częściowo uwzględni odwołanie i unieważni czynność unieważnienia postępowania w Pakiecie nr 7 i 13. Zamawiający uwzględnił zarzuty:

a) Zarzut sformułowany w pkt. 4 lit. b): art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania w Pakiecie nr 7 i 13,

b) Zarzut sformułowany w pkt. 4 lit. e): art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załącznika do protokołu postępowania, tj. protokołu z weryfikacji i oceny próbek oferowanego przez ZARYS przedmiotu zamówienia.

W pozostałym zakresie Zamawiający uznał odwołanie za bezzasadne.

Na posiedzeniu w dniu 18 grudnia 2019 r. Odwołujący złożył oświadczenie, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów, wycofuje pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu.

Wykonawca ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. nie stawił się na posiedzenie Izby w dniu 18 grudnia 2019 r. Izba zważyła, że ustawodawca nie wskazał terminu, w jakim wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie co do uwzględnienia odwołania w części przez zamawiającego. Nie budzi to jednak wątpliwości, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie Pzp, w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie

odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w części. Wobec złożonego w dniu 18 grudnia 2019 r. oświadczenia Zamawiającego, że uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania w części przez Zamawiającego. 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. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania wobec częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania i wycofania przez Odwołującego zarzutów w pozostałej części, jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia.

Wobec braku oświadczenia wykonawcy ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w części przez Zamawiającego oraz oświadczenia Odwołującego o wycofaniu pozostałych zarzutów, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo wykonawcy ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. nie wstrzymywało postępowania odwoławczego, wobec treści § 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.), zgodnie z którym 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. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu stanowi o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

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

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

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :