

Sygn. akt: KIO 813/13; KIO 814/13

POSTANOWIENIE
z dnia 22 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Barbara Bettman

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 kwietnia 2013 r. w Warszawie:

- A. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **BoxmetMedical sp. z o.o. w Piskorzowie**,
- B. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **BoxmetMedical sp. z o.o. w Piskorzowie**

w postępowaniach prowadzonych przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie**:

- A. na dostawę odczynników laboratoryjnych (sygn. akt KIO 813/13),
- B. dostawę produktów leczniczych, środków opatrunkowych oraz wyrobów medycznych (sygn. akt KIO 814/13)

postanawia:

1. umorzyć oba postępowania odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 30.000,00 zł (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **BoxmetMedical sp. z o.o. w Piskorzowie**, stanowiącej wpisy od odwołań, po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) w każdym postępowaniu odwoławczym.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, których przedmiotem jest *dostawa odczynników laboratoryjnych oraz dostawa produktów leczniczych, środków opatrunkowych oraz wyrobów medycznych*.

Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane odpowiednio w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2013 r., nr 2013/S 018-026326 oraz w dniu 18 stycznia 2013 r. nr 2013/S 013-017096. Zamawiający prowadzi postępowania 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.

W dniu 29 marca 2013 r. zamawiający przesłał faksem wykonawcy BoxmetMedical sp. z o.o. w Piskorzowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienia o wykluczeniu go z udziału w obu postępowaniach oraz o:

- a) odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zadaniach nr 1- 14, 16-20, 22-23, 28-55, wyborze w zakresie zadań 52-53 oferty złożonej przez wykonawcę OMC Envag sp. z o.o. w Warszawie i unieważnieniu postępowania w zadaniach nr 1-14, 16-20, 22-23, 28-51, 54-55 (postępowanie na dostawę odczynników laboratoryjnych – sygn. akt KIO 813/13),
- b) odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zadaniach nr 1-6, 8-21, 44, wyborze w zakresie zadań 1, 2, 5, 6, 8, 44 oferty złożonej przez wykonawcę Paramedyk w Warszawie, wyborze w zakresie zadania 3 oferty złożonej przez wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu, wyborze w zakresie zadania 9 oferty złożonej przez wykonawcę Medline sp. z o.o. w Zielonej Górze, wyborze w zakresie części 11-14, 16-21 oferty złożonej przez wykonawcę Medyk Plus sp. z o.o. w Warszawie, wyborze w zakresie zadania 15 oferty złożonej przez wykonawcę Paramedica Polska w Warszawie i unieważnieniu postępowania w zadaniach nr 4, 10 (postępowanie na dostawę odczynników produktów leczniczych, środków opatrunkowych oraz wyrobów medycznych – sygn. akt KIO 814/13).

W dniu 8 kwietnia 2013 r. odwołujący wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wykluczenia go z udziału w obu postępowaniach, a także wobec:

- a) czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty w zakresie zadań nr 1- 14, 16-20, 22-23, 28-55, czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 1-14, 16-20, 22-23, 28-51, 54-55 (postępowanie na dostawę odczynników laboratoryjnych – sygn. akt KIO 813/13),
- b) czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty w zakresie zadań nr 1-6, 8-21, 44, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 5, 6, 8, 9, 11-14, 16-21, czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 4, 10 (postępowanie na dostawę odczynników produktów leczniczych, środków opatrunkowych oraz wyrobów medycznych – sygn. akt KIO 814/13).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia odwołującego, mimo nieziszczenia się przesłanek wykluczenia określonych w tym przepisie, w szczególności:
 - bezskuteczności odstąpienia zamawiającego od umowy Nr 321/FIN/2012,
 - faktu, iż odstąpienie od powyższej umowy nie nastąpiło z powodu okoliczności, za które odwołujący ponosi odpowiedzialność,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo braku przesłanek do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowanie o udzielenie zamówienia,
- c) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która w rzeczywistości nie była ofertą najkorzystniejszą, mając na uwadze kryteria oceny ofert określone w SIWZ,
- d) art. 93 ust. 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania dla części zadań, mimo braku przesłanek zastosowania tego przepisu, tj. złożenia przez odwołującego niepodlegającej odrzuceniu oferty co miało istotny wpływ na wynik postępowanie o udzielenia zamówienia, ponieważ doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz zaniechania wyboru złożonej przez odwołującego oferty jako najkorzystniejszej.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniach odwołań argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniach oraz o:

- a) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w zakresie zadań nr 1- 14, 16-20, 22-23, 28-55, nakazanie unieważnienia czynności

unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 1-14, 16-20, 22-23, 28-51, 54-55, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań 1-14, 16-20, 22-23, 28-51, 54-55, nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadań 1-14, 16-20, 22-23, 28-51, 54-55 (postępowanie na dostawę odczynników laboratoryjnych – sygn. akt KIO 813/13),

- b) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w zakresie zadań nr 1-6, 8-21, 44, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań 5, 6, 8, 9, 11-14, 16-21, nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań 4, 10, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań nr 1-6, 8-21, 44, nakazanie wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1-21, 44 (postępowanie na dostawę odczynników produktów leczniczych, środków opatrunkowych oraz wyrobów medycznych – sygn. akt KIO 814/13).

Ustalono nadto, że zamawiający kopie obu odwołań wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w poszczególnych postępowaniach faksem w dniu 9 kwietnia 2013 r. (faks zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2013 r., znak 2602/13 w aktach sprawy KIO 813/13, pismo zamawiającego z 15 kwietnia 2013 r. w aktach sprawy KIO 814/13, dokumentacja postępowania przesłana przez zamawiającego).

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w żadnej ze spraw.

Ustalono także, że 22 kwietnia 2013 r. o g. 8.30, przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w obu odwołaniach (pismo z dnia 22 kwietnia 2013 r., w aktach sprawy KIO 813/13).

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oba postępowania odwoławcze podlegają umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywoływanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu 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.

Jednocześnie Izba odmówiła zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów odwołującego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Izba uznała, że wniosek odwołującego nie znajdował oparcia w treści obowiązujących przepisów. Stosownie bowiem do art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, *koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie*. Przepis ten stanowi wyraz odstępstwa od zasady odpowiedzialności strony za wynik postępowania wyrażonej w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp. Rozwinięcie regulacji ustawowej zawiera przepis § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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). Przepis ten stanowi, iż w sytuacji uwzględnienia zarzutów przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron Izba orzeka jedynie o dokonaniu zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu. Powyższe oznacza, że w omawianym przypadku Izba nie może orzec o zasądzeniu od zamawiającego na rzecz odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania, do których zalicza się wynagrodzenie pełnomocnika. Możliwość zasądzenia ww. kosztów pojawia się dopiero w sytuacji, gdyby uwzględnienie zarzutów nastąpiło po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron (arg. z § 5 ust. 1 pkt 1 *in fine* ww. rozporządzenia, *por. również Jarosław Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Wolters Kluwer Polska 2012, komentarz do art. 186 ustawy Pzp*). Sytuacja taka nie miała miejsca w analizowanej sprawie, gdyż zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów w całości w dniu 22 kwietnia 2013r., o godz. 8.30, podczas gdy posiedzenie Izby z udziałem stron rozpoczęło się tego dnia o godz. 10.00. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia wniosku odwołującego jako niezasadnego.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 2, art. 186 ust. 6 pkt 1, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisów od odwołań, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 przywoływanego wyżej rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed

rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....