

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 26 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 26 marca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2018r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdańskie 6b** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. A. Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20/24**

przy udziale **wykonawcy Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21B** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 511/18 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdańskie 6b i:**
  - 2.1. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdańskie 6b tytułem zwrotu 90 % uiszczzonego wpisu od odwołania.**
  - 2.2. Zasądza od Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdańskie 6b na rzecz Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. A. Mielęckiego**

**Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20/24**

- 2.3. kwotę zł. 4 461 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego, dojazdu i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników 4 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 października 2017r. za numerem 2017/S 196-402340.

W dniu 14 marca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców w ramach części 1 o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 17a.

W dniu 19 marca 2018r. wykonawca Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdańskie 6b wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch prokurentów upoważnionych do prokury łącznej. Kopia odwołania została przekazana w dniu 19 marca 2018r.

Odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego dotyczących części nr 1, a polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty: Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02- 676 Warszawa (dalej jako „Abbott”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Abbott;
- 3) unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) niezgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Abbott, a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy przez zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący może mieć wówczas szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób wadliwy z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców czym wyrządza odwołującemu szkodę. W wyniku dokonanych czynności badania i oceny ofert w tym szczególnie wybór najkorzystniejszej oferty firmy Abbott, odwołujący może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia. Co prawda oferta odwołującego została odrzucona, jednakże nie oznacza to, że odwołujący nie ma już interesu we wniesieniu odwołania w niniejszym postępowaniu. Analiza czynności zamawiającego, po wydanym wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą, wskazuje, że zamawiający powinien odrzucić także ofertę Abbott i unieważnić postępowania z uwagi na

brak ofert nie podlegających odrzuceniu. Po unieważnieniu postępowania, w wyniku ponownego jego wszczęcia odwołujący miałby szansę ubiegania się o udzielenie zamówienia i w efekcie uzyskanie zamówienia publicznego. Zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie interes skarżącego należy rozumieć szeroko, zwłaszcza po wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2016 r. C-355/15, wyroku z dnia 2017.10.13, tak też KIO 2021/17, wyrok TSUE z dnia 5 kwietnia 2016r. sygn. C-689/13 Puligenica Facility Esco, wyrok z dnia z dnia 2017.07.17, sygn. KIO 1251/17, wyrok sygn. akt KIO 1556/16.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu w zakresie pakietu nr 1:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Abbott;
2. odrzucenia oferty Abbott;
3. unieważnienia postępowania.

Wyrokiem z dnia 14 lutego 2018 r. (KIO 146/18) Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty odwołującego, co zamawiający dokonał, a w wyniku ponownej oceny wybrał ofertę Abbott. Z tą czynnością odwołujący nie może się jednak zgodzić. Z faktu, iż w postępowaniu ostała się jedna oferta nie wynika, że zamawiający nie musi jej rzetelnie ocenić, zwłaszcza na okoliczność zgodności z SIWZ. Tymczasem wydaje się, że zamawiający po odrzuceniu oferty Roche automatycznie wybrał drugą ofertę (Abbott), choć ta pozostaje w wielu miejscach ewidentnie niezgodna z SIWZ.

W dniu 20 marca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 21 marca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 stycznia 2018r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Dowody przekazania kopii przystąpienia nie zostały dołączone.

Na posiedzeniu przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, którego oferta została ostatecznie odrzucona i utracił status wykonawcy i jednocześnie nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający poparł wniosek przystępującego, wskazując, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, nawet w wyniku powtórzenia postępowania, gdyż nie jest już w stanie złożyć kolejnej oferty na tych samych warunkach, bo oferta taka została skutecznie uznana za niezgodną z treścią siwz.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął odwołanie.

Zamawiający wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego, dojazdu i opłaty skarbowej.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Izba postanowiła zasądzić na rzecz Zamawiającego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego, dojazdów i opłaty skarbowej we wnioskowanych wysokościach na podstawie par. 5 ust. 1 pkt 3b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów kosztów (...), gdyż wycofanie odwołania nastąpiło na jeden dzień mniej niż wyznaczony termin posiedzenia.

**Przewodniczący: .....**