

Sygn. akt: KIO 1822/20

POSTANOWIENIE
z dnia 1 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu **1 września 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 sierpnia 2020 roku** przez Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie - Lider konsorcjum oraz (2) LMC Trans spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - Członek konsorcjum**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie**

przy udziale wykonawcy **GREMEDIG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie - Lider konsorcjum oraz (2) LMC Trans spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - Członek konsorcjum**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 3 sierpnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 2 pkt 6) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019.1843 tj.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie - Lider konsorcjum oraz (2) LMC Trans spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - Członek konsorcjum, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie na „Świadczenie usług w zakresie transportu sanitarnego pacjentów dializowanych dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. NMP w Częstochowie, ul. Bialska 104/118” prowadzi Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; numer ogłoszenia 2020/S 086-204695; data opublikowania: 4 maja 2020 roku.

Odwołanie złożono od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na:

- a) utajnieniu wyjaśnień Wykonawcę GREMEDIG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie („GREMEDIG”) w zakresie rażąco niskiej ceny;
- b) wyborze w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty GREMEDIG i zaniechaniu odrzucenia oferty GREMEDIG jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty GREMEDIG;
- d) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej "uznk") przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez wykonawcę GREMEDIG w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”;
- b) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę GREMEDIG i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty GREMEDIG, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska;

c) art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez GREMEDIG w sytuacji, gdy ten wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

d) art. 7 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i równej konkurencji.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty GREMEDIG jako najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy GREMEDIG, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę GREMEDIG jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień wykonawcy GREMEDIG dotyczących ceny rażąco niskiej oraz pisemnego uzasadnienia podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 5) ewentualnie, wezwanie wykonawcy GREMEDIG do ponownego złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1a Pzp;
- 6) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z ustawą Pzp ocena ofert złożonych w postępowaniu, a w rezultacie wybór oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty. Niezgodne z ustawą Pzp nieodrzczenie oferty wykonawcy GREMEDIG, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, uniemożliwia Odwołującemu realizację zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty GREMEDIG została dokonana w dniu 23 lipca 2020 roku (w dniu 24 lipca 2020 roku dokonano sprostowania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty poprzez poprawienie omyłki rachunkowej, jednakże nie wpłynęło to na wynik postępowania) zatem odwołanie złożone zostało z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 został wniesiony na rachunek UZP, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **GREMEDIG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości, przedstawił w tym zakresie szczegółową argumentację na piśmie.

Odwołujący, w dniu 31 sierpnia 2020 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 1 września 2020 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....