

Sygn. akt: KIO 2921/20

POSTANOWIENIE
z dnia 18 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Ronomed sp. z o.o. sp.k we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital św. Anny w Miechowie**

przy udziale wykonawcy **Metalowiec sp. z o. o. w Namysłowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Ronomed sp. z o.o. sp.k we Wrocławiu, stanowiącej wpis 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 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital św. Anny w Miechowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup i dostawa łóżek szpitalnych dla potrzeb Szpitala św. Anny w Miechowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 września 2020 r. nr 2020/S 174-419924.

4 listopada 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Ronomed sp. z o.o. sp.k we Wrocławiu, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Metalowiec sp. z o. o. w Namysłowie, zwanego dalej „wykonawcą Metalowiec”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Metalowiec,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Metalowiec z udziału w postępowaniu,
- 3) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Metalowiec jako najkorzystniejszej, odwołujący wniósł 9 listopada 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ,
- 2) art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wybrania najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, które powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, a następnie zaniechanie odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty z dnia 04.11.2020r.,
- 2) powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu.
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Metalowiec, która jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako oferta niespełniająca wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ,

- 4) wyboru oferty odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i najkorzystniejszej oferty spośród nie odrzuconych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.

Na podstawie pisma zamawiającego z 12 listopada 2020 r. ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 9 listopada 2020 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 13 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem skrzynki mailowej odwolania@uzp.gov.pl, wpłynęła korespondencja w której wykonawca Metalowiec sp. z o. o. w Namysłowie informuje, iż przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 17 listopada 2020 r. zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy Metalowiec sp. z o. o. w Namysłowie, jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Jak wynikało z pisma zamawiającego z 12 listopada 2020 r., zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 9 listopada 2020 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem platformy zakupowej. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 12 listopada 2020 r.

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 9 listopada 2020 r. kopii odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 13 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Metalowiec sp. z o. o. w Namysłowie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia było nieskuteczne również z uwagi na nieprzesłanie go na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby, udostępnioną na stronie internetowej Urzędu. W myśl § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1296), *Odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby. W myśl art. 5 ust. 2 rozporządzenia, Prezes Izby udostępnia na stronie internetowej Urzędu odnośnik do usług elektronicznych pozwalających na wniesienie w postaci elektronicznej dokumentów, o których mowa w ust. 1.*

Na stronie <https://www.uzp.gov.pl/kio> znajduje się odnośnik *ePUAP – przystąpienie do postępowania*, kierujący do elektronicznej skrzynki podawczej Urzędu pozwalającej na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie elektronicznej <https://epuap.gov.pl/wps/portal/strefa-klienta/katalog-spraw/opis-uslugi/przystapienie-do-postepowania-odwoławczego-do-krajowej-izby-odwoławczej/UZP>

Tymczasem zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane za pośrednictwem skrzynki mailowej odwolania@uzp.gov.pl, która nie jest elektroniczną skrzynką podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby, udostępnioną na stronie internetowej Urzędu, w myśl przywołanego wyżej § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Jednocześnie na stronie internetowej Urzędu <https://www.uzp.gov.pl/kio/kontakt> znajduje się wyraźna wzmianka odnośnie adresu email: odwolania@uzp.gov.pl o treści: *UWAGA! Informujemy, że powyżej wskazany e-mail nie służy do przesyłania odwołań oraz przystąpień do postępowania odwoławczego.*

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego* (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10. Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie odrzuceniem interwencji* (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. 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.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania*

odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp, znosi się wzajemnie.

*Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, *W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.**

Przewodniczący: