

Sygn. akt: KIO 666/20

POSTANOWIENIE

z dnia 10 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

wobec cofnięcia w dniu 9 czerwca 2020 r., przed otwarciem rozprawy, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2020 r. przez wykonawcę: **A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A. K., ul. Hugona Kołłątaja 100, 24-100 Puławy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr. Stanisława Deresza, pl. dr. Zygmunta Brodowicza 1, 16-070 Choroszcz,**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A. K., ul. Hugona Kołłątaja 100, 24-100 Puławy** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Białymstoku.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr. Stanisława Deresza w Choroszczy, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa pierwszego wyposażenia oddziałów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 241-591046.

Wykonawca A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Starpol Meble A. K. z siedzibą w Puławach wniósł odwołanie wobec zaniechań i czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu - w części (pakiecie) nr 3 zamówienia „Wyposażenie meblowe i gospodarcze oddziałów szpitalnych”, polegających na:

1) czynności odrzucenia oferty Odwołującego, mimo że nie zostały spełnione przesłanki upoważniające Zamawiającego do takiego kroku,

a w konsekwencji:

2) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Tobo D.k Sp. j. (dalej nazywanego Tobo), mimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert nie jest to oferta najkorzystniejsza,

3) zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 3 złożonej przez Odwołującego, jako oferty, która powinna być najwyżej oceniona zgodnie z kryteriami oceny ofert, i której cena mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

a ponadto, z ostrożności (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego):

4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Tobo D. Sp. j. (dalej nazywanego Tobo), mimo że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5) zaniechaniu unieważnienia postępowania mimo niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

6) z ostrożności (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wykonawcy Tobo) - zaniechaniu wezwania wykonawcy Tobo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez czynność odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie, mimo że treść tej oferty nie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez złamanie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w procesie badania i oceny ofert,

a w konsekwencji:

2) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Tobo oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, mimo że była to oferta niepodlegająca odrzuceniu, powinna być najwyższej oceniona, zgodnie z kryteriami oceny ofert, i której cena mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

a ponadto, z ostrożności (na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego):

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tobo, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez złamanie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w procesie badania i oceny ofert,

a w konsekwencji:

4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że nie złożono w nim żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

oraz z ostrożności (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wykonawcy Tobo):

5) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykonawcy Tobo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającemu, mimo że złożone dokumenty nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący w związku z powyższymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem Odwołującego i uznania za najkorzystniejszą oraz w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego w części nr 3 zamówienia,

a ponadto, z ostrożności:

1) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Tobo oraz unieważnienia postępowania w części nr 3 zamówienia,

a ponadto, z ostrożności:

2) nakazanie wezwania wykonawcy Tobo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez

zamawiającemu.

Odwołujący wniósł w odwołaniu także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w całości, tj. wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł oraz kosztów reprezentacji i uczestnictwa w rozprawie, zgodnie z dowodami, które zostaną przedłożone na rozprawie.

W dniu 5 czerwca 2020 r. Zamawiający - Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr. Stanisława Deresza w Choroszczy, pismem z dnia 5 czerwca 2020 r., złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie poprzez uwzględnienie najdalej idącego zarzutu i żądania, tj. żądania unieważnienia postępowania w Pakiecie nr 3. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz wzajemne zniesienie kosztów pomiędzy stronami. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że uwzględni zarzut naruszenia art. 29 ust 3 Pzp, który w treści odwołania nie jest eksponowany, ale dotyczy nieprawidłowego sformułowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co spowodowało trudności w ocenie ofert. Zamawiający uznał, że powyższy zarzut, chociaż nie wyartykułowany w treści odwołania, jest zarzutem najdalej idącym wraz z żądaniem Odwołującego dotyczącym unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zamawiający oświadczył dalej w ww. piśmie, że w związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 Pzp, z uwagi na błąd treści specyfikacji, postanowił unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, co stanowi o uwzględnieniu wniesionego odwołania w zakresie Pakietu nr 3 przedmiotowego zamówienia.

W dniu 9 czerwca 2020 r. Odwołujący przesłał do Prezesa KIO pismo z dnia 9 czerwca 2020 r. zatytułowane „wycofanie zarzutów odwołania” zawierające oświadczenie Odwołującego, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie części zarzutów oraz żądania unieważnienia postępowania, Odwołujący wycofuje wszystkie pozostałe zarzuty i żądania i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust 3a Pzp.

Wykonawca, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w piśmie z dnia 31 marca 2020 r., które wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 1 kwietnia 2020 r. oświadczył, że zgłasza swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego. Ww. wykonawca nie wskazał w powyższym piśmie strony do której przystępuje ani interesu w zgłoszeniu przystąpienia.

Zgodnie z art. 185 ust 2 Pzp, 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. Zgodnie z ust. 3, wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Biorąc pod uwagę powyższe, w pierwszej kolejności, na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp Izba uznała, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. zostało dokonane nieskutecznie, w związku z czym ww. wykonawca nie może stać się uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do pisma Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2020 r. Izba stwierdziła, że uwzględnienia przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 Pzp nie można uznać za uwzględnienie odwołania ani w części, ani w całości, ponieważ powyższy zarzut w odwołaniu nie został sformułowany. Ponadto, podkreślić należy, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 Pzp dotyczy treści postanowień SIWZ i może być zgłoszony skutecznie na etapie formułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia wobec postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. W żadnym razie nie może być on podnoszony na etapie po terminie składania ofert.

Tzw. „uwzględnione” przez Zamawiającego żądanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również nie stanowi przejawu uwzględnienia żądania (tzw. najdalej idącego) odwołania, ponieważ Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zapowiedział wykonanie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, natomiast odwołanie zawiera żądanie (sformułowane jako ewentualne) – dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Podkreślić należy, że na gruncie Prawa zamówień publicznych są to dwie całkowicie odmienne czynności.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie i ust. 3a Pzp, w przypadku uwzględnienia odwołania w całości, tak jak i w przypadku uwzględnienia odwołania w części i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Zamawiający ma obowiązek wykonać czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby, w danym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego w żadnym zakresie, ponieważ Zamawiający zapowiedział wykonanie czynności innej niż objęte żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, wycofanie przez Odwołującego „pozostałych zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu”, tj. wszystkich zarzutów oprócz zarzutu i żądania uwzględnionego przez Zamawiającego, którego w odwołaniu nie było, oznacza, że wobec zapowiedzi Zamawiającego dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Odwołujący *de facto* wycofał wszystkie zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu, tj. wycofał odwołanie w całości.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: