

Sygn. akt: KIO 1068/21

POSTANOWIENIE
z dnia 13 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2021 r. przez odwołującego: **SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach** (ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo Leczniczym SP ZOZ z siedzibą w Poznaniu** (ul. Szwajcarska 3 61-285 Poznań),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach** (ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice) kwoty **6.750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 7 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę SINMED sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo Leczniczym SP ZOZ z siedzibą w Poznaniu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp], którego przedmiotem jest: „Drobny sprzęt medyczny jednorazowego i wielorazowego użytku dla potrzeb Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. J. Strusia w Poznaniu”. Nr referencyjny: WSM/DZP/381-742/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 2.04.2021 r. Nr 2021/BZP 00027309/01.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp z uwagi - jego zdaniem - na opisanie (...) *w sposób zbyt rygorystyczny, w stosunku do swoich zobiektywizowanych potrzeb, wymagania techniczne w Pakiecie nr 13 (m. in. dokładna ilość płynu do płukania jamy ustnej, skład płynów, dokładny sposób podgrzewania produktów, precyzyjny skład preparatu myjącego) odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zestaw do toalety jamy ustnej, myjki do toalety pacjenta, czepki do mycia głowy, myjki do toalety pacjenta, tampony), a jednocześnie zestawiając w pakiecie produkty oferowane w Polsce tylko przez jedną firmę (pozycjoner przeciwoleżynowy o określonych parametrach oraz podkład chłonący wilgoć z nim kompatybilny). Wymagania te dyskryminują w sposób nieuzasadniony i subiektywny produkty dystrybuowane przez Sinmed Sp. z o.o., preferując tym samym produkty firmy Sage Products”.*

Wykonawca stwierdził ponadto, że (...) naruszony został również interes prawny Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach, gdyż ww. nieuprawione działania jak i zaniechanie działań Zamawiającego, pozbawiają Wykonawcę w sposób całkowicie bezprawny możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach efektywnej konkurencji i zupełnie iluzorycznym czynią szanse na jego uzyskanie”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i (...) *nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów poprzez dopuszczenie produktów alternatywnych / równoważnych oraz podziału Pakietu w sposób umożliwiający złożenie oferty większej liczbie wykonawców”.*

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. j. z siedzibą w Łodzi wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie z dnia 7 maja 2021 r. Odwołujący oświadczył, że (...) *W dniu 22.04.2021 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 13 (załącznik nr 1 do SWZ, formularz oferty). Pierwotny i zmodyfikowany załącznik nr 1 zostały dołączone do niniejszego pisma jako załączniki. Nowy opis przedmiotu zamówienia nie zawiera już szczegółowych informacji dot. m.in. dokładnych ilości płynów, precyzyjnych składów płynów, czy szczegółowych wymogów dotyczących podgrzewania produktów. Ponadto został pomniejszony o produkty niedostępne dla innych wykonawców. W związku z dokonaniem przez zamawiającego wyżej opisanej modyfikacji, zamawiający nie narusza już zarzuconego w odwołaniu art. 99 ust. 4., gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Podsumowując zamawiający wykonał czynności uwzględniając zarzuty postawione w piśmie odwoławczym".* Dalej oświadczył, że (...) *wycofuje zarzut jakim miało być naruszenie:*

- Art. 99 ust. 4. *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”.*

W związku z czynnościami wykonanymi przez Zamawiającego zgodnymi z ustawą Prawo zamówień publicznych odwołujący wnosi o umorzenie sprawy o sygnaturze KIO 1068/21 na podstawie art. 522. ust. 1 *„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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”* oraz art. 522 ust. 2 *„Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do „postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”*

Odwołujący następnie w piśmie z dnia 12 maja 2021 r. oświadczył, że (...) na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy PZP niniejszym cofam odwołanie wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1068/21) w dniu 07.04.2021 r. przez wykonawcę SINMED Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przyszowicach w postępowaniu prowadzonym przez Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo-Lecznicznym SPZOZ z siedzibą w Poznaniu. Powodem cofnięcia jest okoliczność, iż w dniu 22.04.2021 r. zamawiający dokonał zmiany treści SWZ uwzględniając zarzuty postawione w piśmie odwoławczym. Odwołujący wycofuje zarzut jakim miało być naruszenie:

- Art. 99 ust. 4. „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”.

W związku z cofnięciem odwołania i czynnościami wykonanymi przez Zamawiającego zgodnymi z ustawą Prawo zamówień publicznych wnoszę o umorzenie sprawy o sygnaturze KIO 1068/21 oraz o zwrot wpisu do odwołania”.

Izba zważyła, co następuje:

Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego przez wykonawcę: SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. j. z siedzibą w Łodzi nie podlega uwzględnieniu.

Tak jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 16 kwietnia 2021 r. informacja o odwołaniu została zamieszczona na jego stronie internetowej w dniu 8 kwietnia 2021 r. Zgłoszenie przystąpienia zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2021 r., podczas gdy termin na zgłoszenie przystąpienia w niniejszej sprawie upłynął w dniu 12 kwietnia 2021 r. Stosownie bowiem do postanowienia art. 525 ust.1 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego powinno nastąpić w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Z kolei w myśl art. 509 ust.2 Pzp: „Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”. W tym przypadku termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 12 kwietnia 2021 r.

Rozpoznając wnioski Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że pierwszy z wniosków o umorzenie postępowania odwoławczego z dnia 7 maja 2021r. nie podlega uwzględnieniu. W tym przypadku Odwołujący wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego wskazał jako podstawę art. 522 ust. 1 ustawy Pzp oświadczając, że wycofuje zarzut (...) *jakim miało być naruszenie:*

- *Art. 99 ust. 4.. Zgodnie z tym przepisem wymagane jest złożenie oświadczenia przez zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów i tak jak stanowi przepis: „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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.*

Izba zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie brak jest oświadczenia Zamawiającego, co do uwzględnienia zarzutów w całości czy też w części. Także, przeciw zgłoszonemu przystąpieniu po stronie zamawiającego przez wykonawcę SKAMEX opozycja nie została zgłoszona. Tym samym nie mógł mieć zastosowania również wskazany we wniosku z dnia 7 maja 2021 r. przez Odwołującego art. 522 ust. 2 Pzp, w myśl którego: *„Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do „postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”*

Podlega natomiast uwzględnieniu drugi z wniosków z dnia 12 maja 2021 r. w którym Odwołujący oświadcza o cofnięciu odwołania na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp i na tej podstawie postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zgodnie ze wskazanym art. 520 ust. 1 Pzp: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”*. Izba tym samym stwierdziła, że oświadczenie z dnia 12 maja 2021 r. o wycofaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2021 r. zostało złożone na podstawie wskazanego przepisu przed otwarciem rozprawy dla której termin został wyznaczony na dzień 14 maja 2021 r. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437). Zgodnie ze wskazanym przepisem w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania, w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Tym samym Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczzonego w przedmiotowej sprawie od odwołania w wysokości 7.500 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....