

POSTANOWIENIE
z dnia 25 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 25 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2021 r. przez odwołującego: **Gremedig Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie** (ul. Teligi 21, 42-215 Częstochowa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław)

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Gremedig Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie** (ul. Teligi 21, 42-215 Częstochowa) kwoty **7. 500 zł 00 gr** (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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 piśmie z dnia 6 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Usługę transportu sanitarnego T i Z” - zadanie nr 2. Nr ref.: PN 77/20. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 30 grudnia 2020 r. Nr 776265-N-2020. Wnoszący odwołanie wykonawca (Odwołujący) - Gremedig Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4) PZP poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy, pomimo że oferta Wykonawcy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. kodeksu cywilnego, gdyż dotyczy świadczenia niemożliwego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy, pomimo że oferta Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 16 pkt 1) PZP i art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej "uznktl) poprzez pośrednie utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, z powodu zaakceptowania przez Zamawiającego na podstawie oferty Wykonawcy prawidłowości zaoferowania świadczenia niemożliwego oraz zaakceptowanie działania Wykonawcy sprzecznego z dobrymi obyczajami, naruszającego interes innego przedsiębiorcy;
4. art. 16 pkt 1) PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji;

Wskazał, że powyższe (...) powoduje naruszenie interesu Odwołującego, ponieważ wyżej opisane działania i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w ramach Zadania nr 2, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia (w ramach Zadania nr 2). Tym samym Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, wskazanych w treści niniejszego Odwołania”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 2,
2. ponownego zbadania i dokonania ocen w zakresie Zadania nr 2 ofert wszystkich Wykonawców, w tym Odwołującego,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy w zakresie Zadania nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) PZP z powodu nieważności oferty Wykonawcy na podstawie odrębnych przepisów, tj. kodeksu cywilnego, gdyż dotyczy świadczenia niemożliwego,
4. odrzucenia oferty Wykonawcy w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP z powodu złożenia przez Wykonawcę oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 2,
6. zobowiązania Zamawiającego do przedłożenia akt Postępowania i przeprowadzenie dowodu z dokumentów, oświadczeń i informacji znajdujących się w aktach Postępowania/ w tym SWZ

Odwołujący wniósł ponadto o:

1. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści Odwołania na fakty opisane i wskazane w jego treści;
2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym w kwocie 3.600,00 zł oraz pozostałych udokumentowanych kosztów, których spis wraz z dowodami ich poniesienia zostanie przedstawiony na rozprawie,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24 maja 2021r.) wniósł (...) o *oddalenie odwołania złożonego przez firmę Gremedig Sp. z o.o. ul. Teligi 21, 42-215 Częstochowa oraz umorzenie postępowania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania w całości w dniu 28.04.2021r.* W załączeniu przesłał pismo dnia 28 kwietnia br skierowane do wykonawców w dniu 29 kwietnia br z informacją o uwzględnieniu odwołania. Zamawiający w odpowiedzi podał ponadto, że (...) *w dniu 12.05.2021r. odrzucił ofertę Wykonawcy Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp.k. (...) z Warszawy. Wykonawca Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp.k. (...) z Warszawy od odrzucenia oferty nie wniósł odwołania i utracił status Wykonawcy w postępowaniu. W dniu 21.05.2021r. Zamawiający unieważnił postępowanie*". W załączeniu przedstawił informację o odrzuceniu oferty Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp.k. z Warszawy przesłanym do wykonawcy mailem

w dniu 29 kwietnia br i w dniu 12 maja br oraz informację o unieważnieniu postępowania przesłaną do wykonawców w dniu 24 maja br.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła,

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 11 kwietnia 2021 r. Izba zatem wydając orzeczenie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r., a mianowicie art. 522 ust.1 tej ustawy.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zgłosił wykonawca Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie. W zgłoszonym przystąpieniu wnosząc o oddalenie odwołania podał: *„Przystępujący posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego — Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego, gdyż w niniejszym Postępowaniu jego oferta złożona w Postępowaniu została oceniona jako najkorzystniejsza (spełniająca warunki udziału w postępowaniu określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz inne wymogi Zamawiającego). W związku z powyższym, w interesie Przystępującego jest uzyskanie rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wszczętej na skutek odwołania na korzyść Zamawiającego. Ewentualne uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą może doprowadzić do uniemożliwienia Przystępującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia, jego realizację, a jednocześnie utratę możliwego zysku”*.

Stosownie do postanowień art. 525 ust.1 nPzp: „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”.

Ze zgłoszonego przystąpienia według pisma z dnia 14 kwietnia 2021 r. wynika zatem, że interes wymagany przepisem wykonawca oparł – jak podał w zgłoszeniu - na oddaleniu odwołania przez Izbę i w tym upatrywał uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Podkreślał, że uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do uniemożliwienia przystępującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia i tym samym utratę możliwego zysku. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że w dniu 11 maja 2021 r. odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto podał, że wykonawca nie wniósł (od dnia 12 maja br) odwołania na tę czynność i jego zdaniem utracił status wykonawcy w postępowaniu.

Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie wykonawca nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Ze zgłoszonego przystąpienia wynika bowiem, że wskazany interes w zgłoszeniu przystąpienia wykonawca oparł na wnioskowanym przez wykonawcę oddaleniu odwołania przez Izbę i w tym upatrywał uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Izba - wobec wskazanych okoliczności, zmiany stanu faktycznego wynikającego z odrzucenia oferty tego wykonawcy i unieważnienia postępowania, w konsekwencji braku przeciwnego stanowiska zgłaszającego przystąpienie do dnia 25 maja 2021 r. (prawidłowo wezwany nie stawiał się na posiedzenie) - stwierdziła brak interesu wykonawcy w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, co nie pozwoliło mu uzyskać statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba stwierdza, że Odwołujący w piśmie z dnia 21 maja 2021 r. nawiązującym do wyznaczonego terminu posiedzenia w sprawie w dniu 25 maja 2021 r. przekazał w załączeniu informację o uznaniu odwołania przez Zamawiającego w dniu 28 kwietnia 2021 r. dalej podał, że: „W związku z wyznaczeniem terminu posiedzenia Odwołujący domyśla się, że Zamawiający nie poinformował Prezesa UZP o uznaniu odwołania, nie odpowiedział również na zadane przez Odwołującego pytanie w tym zakresie. Z uzyskanych dzisiaj informacji wynika również, że o uznaniu odwołania z dnia 11 kwietnia 2021 r. prawdopodobnie nie posiadał również informacji Przystępujący”.

Okoliczność uwzględnienia odwołania w dniu 28 kwietnia br została potwierdzona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 maja 2021 r. Zatem okoliczności tej sprawy pozwalały uznać, że w tej sprawie ma zastosowanie art. 522 ust. 1 n_ustawy Pzp z uwagi na ustalenie, że nastąpiło uwzględnienie zarzutów odwołania i brak skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba działając zatem na podstawie wskazanego art. 522 ust. 1 n_ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 n_ustawy Pzp: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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.”*

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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), orzekając w tym zakresie o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....