

Sygn. akt: KIO 1672/17

POSTANOWIENIE

z dnia 23 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu **10 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę: **DiaHem AG Diagnostic Products (ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. Prof. dr Stanisława Popowskiego, ul. Żołnierska 18a, 10-561 Olsztyn**, wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. Grifols Polska Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa - po stronie zamawiającego

- wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.
- Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego wykonawcy: **DiaHem AG Diagnostic Products (ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria)**, kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260, z 2017 r. poz. 933) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy różnych odczynników laboratoryjnych ogólnie diagnostycznych i mikrobiologicznych wraz z dzierżawą analizatorów” (ogłoszenie w Dz. Urz. UE nr 2017/S 072-126660-2017 z 12.04.2017 r.), w dniu 10 sierpnia 2017 r. zostało wniesione na piśmie odwołanie w zakresie zadania nr 3 - odczynniki do badań serologicznych do posiadanego kompletu aparaturowego „DiaMed” - przez firmę: DiaHem AG Diagnostic Products (ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria), (dalej zwany także „odwołującym”), w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 9 sierpnia 2017 r.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 3 zostało przesłane odwołującemu w dniu 31 lipca 2017 r.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przekazane stronom, złożył w dniu 14 sierpnia 2017 r. w postaci elektronicznej, w trybie art. 185 ustawy Pzp - po stronie zamawiającego - wykonawca: Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie wniesiono wobec następujących czynności zamawiającego: Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. Prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie

- 1) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp;
 - 2) zaniechanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z treścią oświadczenia zamawiającego: o uwzględnieniu wcześniejszego odwołania odwołującego; postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. KIO 1353/17 oraz zawiadomienia zamawiającego z dnia 27 lipca 2017 r. o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 czerwca 2017 r.;
 - 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 4) zaniechania dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego
- o których to czynnościach odwołujący powziął wiadomość w dniu 31 lipca 2017 r. z zawiadomienia drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260, z 2017 r. poz. 933), tj.:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 3, na skutek wadliwej oceny przesłanek unieważnienia i błędne przyjęcie, iż przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. przyjęcie, że zamawiający wprowadził wykonawców w błąd co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań co do treści oferty poprzez brak informacji w zakresie wymogu załączenia do oferty szczegółowego formularza cenowego oferowanych wyrobów oraz kosztów dzierżawy urządzeń według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wada niemożliwa do usunięcia), co miałyby skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy zamawiający nie wprowadził wykonawców w błąd, wymóg co do treści oferty wprost wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie stanowi wady, tym bardziej wady niemożliwej do usunięcia, skutkującej niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia;
- 2) art. 186 ust. 2 *in fine* Pzp poprzez zaniechanie powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie zadania nr 3 pomimo, że zamawiający w całości uwzględnił wcześniejsze odwołanie odwołującego, zawierające żądanie powtórzenia czynności badania i oceny tych ofert;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp i art. 186 ust. 2 *in fine* Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie zawiera wymaganego przez zamawiającego formularza cenowego określającego ceny jednostkowe odczynników oraz czynszu dzierżawnego za urządzenia, z których wynika łączna cena za przedmiot zamówienia i tym samym nie spełnia wymagań stawianych treści oferty przez specyfikację istotnych warunków zamówienia, a zamawiający uwzględnił w całości wcześniejsze odwołanie odwołującego, zawierające zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp i art. 186 ust. 2 *in fine* Pzp, poprzez zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w zakresie zadania nr 3, pomimo, iż ta oferta powinna zostać uznana najkorzystniejszą, gdyż spełnia wymagania stawiane przez specyfikację istotnych warunków zamówienia, a zamawiający uwzględnił w całości wcześniejsze odwołanie odwołującego, zawierające zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 3;
2. dokonania przez zamawiającego powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie zamawiającemu w ramach czynności wskazanych w pkt 2:
 - a) odrzucenia oferty Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - b) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W dniu 21 sierpnia 2017 r. w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygnaturze akt: KIO 1672/17 Dyrektor Szpitala dr n. med. K. P. – O. złożyła oświadczenie, że zamawiający: *„uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.”*

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - wykonawca: Grifols Polska Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa - działając poprzez umocowanego pełnomocnika, w dniu 21 sierpnia 2017 r. powiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że: *„w związku z uzyskaniem informacji o złożeniu przez Zamawiającego oświadczenia o uznaniu odwołania wniesionego 9 sierpnia 2017 r. przez odwołującego DiaHem AG Diagnostic Products, oświadczam, że w przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uznaniu w całości zarzutów odwołania wniesionego przez Odwołującego, Przystępujący nie będzie wnosić sprzeciwu co do takiej czynności Zamawiającego.”*

Przepis art. 186 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie.

W takich okolicznościach zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający ze skutkiem prawnym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a przystępujący po jego stronie wykonawca nie wniósł sprzeciwu w trybie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 3 w związku z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba miała na uwadze, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego

posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp koszty znosi się wzajemnie między stronami.

Jednocześnie, w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1) lit. 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm. Dz. U. 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: