

Sygn. akt: KIO 878/14

POSTANOWIENIE
z dnia 15 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 15 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawcę **M2M Team sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500,00 zł (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **M2M Team sp. z o.o. w Warszawie**, 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 2013 poz. 907 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa i wdrożenie zdalnego systemu monitoringu temperatury krwi i osocza w stacjonarnych urządzeniach chłodniczych znajdujących się w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach oraz świadczenie serwisu gwarancyjnego obejmującego kontrolę, nadzór; naprawę, walidację wdrożonego systemu przez okres 36 miesięcy od daty wdrożenia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 marca 2014 r., poz. 105722.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29 kwietnia 2014 r. zamawiający, za pośrednictwem faksu zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wartość drugiej oferty, złożonej przez wykonawcę Tekom Technologia sp. z o.o. przewyższała kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, odwołujący wniósł w dniu 5 maja 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez:
 - a) niezasadne zastosowanie powyższego przepisu w zaistniałych okolicznościach,
 - b) wadliwą ocenę dokumentów złożonych wraz z ofertą w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego,
- 2) art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez żądanie, na podstawie tego przepisu, złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów składanych wraz z ofertą celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy,

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art.25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż dokumenty składane wraz z ofertą wskazane przepisami art.25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowią treść oferty,
- 4) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia wyjaśnień, jeżeli w następstwie wyjaśnień złożonych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 87 ust. 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp istniały jakiegokolwiek wątpliwości, co do potwierdzenia spełnienia warunku udziału dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w zakresie określonym postanowieniami sekcji III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału IV odnoszącymi się do art. 22 ust. 1 pkt 2 SIWZ,
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie jako najkorzystniejszej oferty drugiego wykonawcy, po nieuprawnionym odrzuceniu oferty odwołującego,
- 6) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania, będące następstwem okoliczności, których zaistnienie stało się konsekwencją naruszenia prawa przez zamawiającego, polegającego na nieuprawnionym odrzuceniu oferty odwołującego.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, a jeżeli jest to niezbędne do zastosowania procedury wyjaśnień, wskazanej przepisem art. 26 ust.4 ustawy Pzp,
- 5) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 6 maja 2014 r. faksem.

W dniu 9 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawcy Tekom Technologia sp. z o. o. w Radomiu. W treści zgłoszenia przystąpienia nie wskazano, w czym wykonawca upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje, tj. zamawiającego.

Ustalono także, że 12 maja 2014 r., przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 15 maja 2014 r., w trakcie posiedzenia przed Izbą, odwołujący złożył opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Tekom Technologia sp. z o.o. Wywiódł, że zgłaszający przystąpienie nie wskazał w zgłoszeniu w czym upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie, tj. zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia z 9 maja 2014 r., złożone przez wykonawcę Tekom Technologia sp. z o. o. w Radomiu, było nieskuteczne z uwagi na niewskazanie przez wykonawcę w czym upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, co jest jednym z warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia, wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy 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 formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Z przywołanego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że jednym z elementów pisma, jakim jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, winno być wskazanie, w czym wykonawca upatruje swego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawca w piśmie swym oświadczył jedynie, iż „posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego”, nie odnosząc tego jednak w żaden, choćby minimalny sposób do okoliczności faktycznych w postępowaniu. Wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia jest elementem istotnym pisma albowiem - jak wynika z przepisu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp - ustawodawca przyznaje status uczestnika postępowania wyłącznie wykonawcom, którzy mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Interes ten jest zatem badany przez Izbę. Ponadto, w myśl art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, interes ten może być kwestionowany przez strony w drodze opozycji.

Niewskazanie w czym wykonawca upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił jest zatem brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Tekom Technologia sp. z o.o. do analizowanego 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.).*

W dalszej kolejności Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła oddalić opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu. Jak wynika z przywołanego przepisu uwzględnienie opozycji następuje w sytuacji, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił. Koniecznym jest zatem co najmniej przedstawienie zaczątku dowodu, że wykonawca nie odniesienie żadnej korzyści w razie rozstrzygnięcia odwołania na korzyść strony, do której przystąpił. Argumentacja podniesiona przez odwołującego w opozycji nawiązywała wyłącznie do strony formalnej zgłoszenia przystąpienia, więc Izba odniosła się do niej w ramach oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia. Odwołujący nie tylko nie uprawdopodobnił, ale nawet nie wskazał takich okoliczności, które świadczyłyby o tym, że wykonawca Tekom Technologia sp. z o.o. nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, co skutkowało koniecznością oddalenia opozycji.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, jak również fakt, że zamawiający w dniu 12 maja 2014 r. uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, 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.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 2, art. 186 ust. 6 pkt 1, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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), zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: