

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 września 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 23 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „HORYZONT” K. L. w Gorlicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny z siedzibą w Częstochowie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PIOMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Michałowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „HORYZONT” K. L. w Gorlicach kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Częstochowie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny z siedzibą w Częstochowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup sprzętu komputerowego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie” – część I – zakup komputerów wraz z oprogramowaniem dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie – 200 szt. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 123-301176. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 14 sierpnia 2020 r. wykonawca K. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „HORYZONT” K. L. w Gorlicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ w części I zamówienia oraz zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i wybór oferty wykonawcy P.P.H.U. „PIOMAR” Sp. z o.o. (dalej jako „PIOMAR”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, podczas gdy oferta ta spełniała wszystkie wymogi SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PIOMAR, podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej według kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PIOMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Michałowicach, zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec spełnienia przesłanek z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zakręcie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, uznając, że nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem (zdanie pierwsze) 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. Z przepisu tego wynika, że przystąpić do postępowania odwoławczego może tylko wykonawca. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z treści tego przepisu, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Rozróżnić zatem należy w szczególności etap postępowania mający miejsce przed upływem terminu składania ofert, kiedy to status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, od etapu następującego po upływie terminu składania ofert, kiedy status wykonawcy przysługuje już tylko podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu. Status wykonawcy traci także podmiot, który został przez zamawiającego z postępowania wykluczony lub którego oferta została odrzucona, a czynności te stały się ostateczne.

Taka sytuacja miała miejsce w przypadku wykonawcy NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jak wynika z akt sprawy, Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2020 r. odrzucił ofertę ww. wykonawcy w części I zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgłaszający przystąpienie nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty w ustawowym terminie, pomimo posiadania takiej możliwości, wobec czego decyzja Zamawiającego stała się niewzruszalna. Tym samym podmiot ten pozbawił się statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na obecnym jego etapie, co przekłada się także na nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego, którego przedmiotem jest kwestionowanie czynności odrzucenia oferty jego konkurenta (podobnie wypowiedziała się Izba m.in. w wyrokach z dnia 31 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1792/15 oraz z dnia 14 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 261/17). Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, iż wykonawca NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie wykazał także w czym

upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, tj. Odwołującego. Uwzględnienie odwołania powodowałoby bowiem, że doszłoby do unieważnienia czynności odrzucenia oferty jego konkurenta, która zostałaby poddana ocenie przez Zamawiającego, co powodowałoby zmniejszenie szans wykonawcy NTT na uzyskanie zamówienia.

W dniu 22 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie oraz wnosi o zwrot 90% wpisu uiszczonego od odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania. Zgodnie z treścią tego przepisu Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Wycofanie odwołania w całości powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania stanowi uprawnienie Odwołującego, które znosi wszelkie skutki prawne związane z wniesieniem odwołania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zdanie drugie 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). Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....