

Sygn. akt: KIO 2185/13

POSTANOWIENIE
z dnia 24 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2013 r. przez wykonawcę **Maquet Polska sp. z o.o. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Sorin Group Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie**

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) na rzecz wykonawcy **Maquet Polska 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie, zwany 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 zestawów do oksygenacji pozaustrojowej ECMO dla Szpitala Bielańskiego w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 329246. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia 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 5 września 2013 r. zamawiający zawiadomił faksem wykonawcę Maquet Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sorin Group Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Sorin”.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty, a w konsekwencji wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Sorin,
 - 2) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
 - 3) zaniechania uznania wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego
- odwołujący wniósł w dniu 10 września 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania przez zamawiającego wyjaśnień odwołującego potwierdzających zgodność złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ,

- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

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

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Sorin jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 10 września 2013 r. pocztą elektroniczną.

W dniu 11 września 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawcy Sorin. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez Panią Filipinę Pilichowską, działającą na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez wykonawcę Sorin w dniu 23 października 2013 r. W treści pełnomocnictwa wskazano m.in. że pełnomocnik w ramach i zakresie działalności spółki ma prawo do pełnego i samodzielnego reprezentowania spółki oraz do samodzielnego składania podpisów w imieniu spółki obejmujące zajmowanie się kwestiami biznesowymi o wartości do 500.000 euro w szczególności w zakresie sporządzenia oświadczeń, zawiadomień i deklaracji wymaganych zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym składania odwołań i korzystania z innych środków prawnych wymienionych w ww. ustawie.

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 19 września 2013 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.

Zamawiający ani zgłaszający przystąpienie nie stawili się na posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego wyznaczone w dniu 24 września

2013 r. Ponieważ jednak zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia (dowody zawiadomień w aktach sprawy), ich niestawiennictwo nie wstrzymało rozpoznania odwołania (§ 20 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Dz.U. Nr 48, poz. 280 ze zm.).

W dniu 24 września 2013 r., w trakcie posiedzenia przed Izbą, odwołujący złożył opozycję wobec zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Sorin. Wywiódł, że zgłaszający przystąpienie nie wykazał umocowania osoby, która w imieniu wykonawcy Sorin podpisała zgłoszenie przystąpienia, tj. dla pani Filipiny P. Podniósł, że pełnomocnictwo z 23 października 2013 r. jest jedynie pełnomocnictwem ogólnym, w którym nie wymieniono nazwy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego. Ponadto zarzucił, że pełnomocnictwo nie mocuje pełnomocnika do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie ustawy Pzp, a nadto jest ograniczone kwotowo do podpisywania korespondencji w sprawach o wartości do 5 000 euro, w sytuacji gdy wartość oferty odwołującego opiewa na około 48 000 euro. Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że zgłaszający przystąpienie nie wskazał w zgłoszeniu przystąpienia, 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 złożone przez wykonawcę Sorin 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 tego w żaden 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. 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 Sorin 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 nie podzieliła stanowiska odwołującego jakoby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego z 11.09.2013 r. zostało podpisane przez osobę, która nie wykazała umocowania do sporządzenia i wniesienia takiego pisma.

Wbrew stanowisku odwołującego, literalna analiza pełnomocnictwa z 23.10.2013 r. prowadziła do wniosku, że mocowało ono pełnomocnika do korzystania ze środków ochrony

prawnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Ze strony 4 pełnomocnictwa wynikało prawo do sporządzenia oświadczeń, zawiadomień i deklaracji wymaganych zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym składania odwołań i korzystania z innych środków prawnych wymienionych w ww. ustawie. Niewątpliwie zaś zgłoszenie przystąpienia uznaje się za środek ochrony prawnej, uregulowany w dziale VI ustawy Pzp zatytułowanym „Środki ochrony prawnej”.

Zgodzić należało się ze stanowiskiem odwołującego, że w orzecznictwie Izby, jak również sądów okręgowych orzekających w przedmiocie skarg na orzeczenia Izby ugruntował się pogląd, że pełnomocnictwo do wniesienia środka ochrony prawnej na gruncie ustawy Pzp winno być pełnomocnictwem rodzajowym. Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, analizowane pełnomocnictwo z 23.10.2013 r. takiemu wymogowi odpowiadało. Przywołany wyżej fragment świadczył również o tym, że było to pełnomocnictwo rodzajowe, gdyż mocowało pełnomocnika do działania w imieniu spółki w tych rodzajach spraw, które polegać będą na korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że z pełnomocnictwem rodzajowym mielibyśmy do czynienia wyłącznie wtedy, gdyby nawiązywało ono do nazwy konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, które prowadzi zamawiający. W ocenie Izby, takie pełnomocnictwo byłoby pełnomocnictwem szczegółowym, a nie rodzajowym.

Niezgodne z rzeczywistością było również stanowisko odwołującego jakoby umocowanie pełnomocnika ograniczono kwotowo do podpisywania korespondencji w sprawach o wartości do 5 000 euro. Izba stwierdziła, że istotnie ze str. 3 pełnomocnictwa wynikało przywołane ograniczenie. Uszło jednak uwadze odwołującego, że w świetle treści str. 4 pełnomocnictwa, pełnomocnik w ramach i zakresie działalności spółki miał również prawo do pełnego i samodzielnego reprezentowania spółki oraz do samodzielnego składania podpisów w imieniu spółki, obejmujące zajmowanie się kwestiami biznesowymi o wartości do 500.000 euro, w tym korzystanie ze środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Pzp. A zatem należało dojść do wniosku, że pełnomocnik, w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej, nie był ograniczony kwotą 5.000 euro, lecz 500.000 euro, która to wartość znacznie przewyższała cenę oferty przystępującego czy odwołującego.

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 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 Sorin 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 19 września 2013 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: