

Sygn. akt: KIO 2525/19

POSTANOWIENIE
z dnia 30 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Bartosz Stankiewicz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **AMGEN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie**,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **AMGEN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie z Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę produktów leczniczych* (znak postępowania: PN-227/19/TM).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2019 r. pod numerem 2019/S 200-485588.

W dniu 12 grudnia 2019 r. wykonawca AMGEN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr 15 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 15 ust. 1 ustawy Pzp statuującego zasadę samodzielnego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, poprzez podjęcie w niniejszej sprawie przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania w oparciu nie o własną autonomiczną decyzję, ale na skutek bezprawnej ingerencji Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp statuującego zasadę zachowania uczciwej konkurencji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez uniemożliwienie zawarcia umowy z Odwołującym na skutek zawarcia przez Zamawiającego i NFZ niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję;
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Pakietu nr 15 w oparciu o błędny zarzut, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Pakietu nr 15;
2. dokonania ponownej oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ;
3. rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy EGIS Polska DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który zgłosił swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że 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 postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp stanowiąc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Powyższe oznacza, iż orzeczenie Izby wydane na korzyść którejkolwiek ze stron musi oddziaływać na sferę praw i obowiązków wykonawcy przystępującego.

Biorąc pod uwagę, iż wykonawca EGIS POLSKA Dystrybucja Sp. z o.o. nie złożył oferty w pakiecie nr 15, jak również nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej określonych w Dziale VI ustawy Pzp w zakresie ww. pakietu, co oznacza, iż nie kwestionował w przewidzianym przepisami ustawy Pzp terminie opisu przedmiotu ww. pakietu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, co też legło u podstaw decyzji Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2019 r. w przedmiocie unieważnienia pakietu nr 15 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wykonawca nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż mimo że interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego powinien być szeroko rozumiany, to jednak wykonawcy powinni wskazać na czym polega interes w odniesieniu do ich sytuacji w danym postępowaniu, nie zaś powoływać się ogólnie na konieczność przestrzegania przepisów prawa, czy też na możliwość wygrania powtórnego postępowania po unieważnieniu obecnego albo jego części, gdyż nie jest wiadomym czy do ponownego wszczęcia postępowania w ogóle dojdzie.

W dniu 24 grudnia 2019 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w niniejszej sprawie.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, 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.

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Tym samym skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

W takim przypadku, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego i orzeczenia o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 15 000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....