

POSTANOWENIE

z dnia 9 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego **9 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **21 września 2020 r.**

przez wykonawcę: **Luxury Medical Care sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa Samochodowego transportu sanitarnego* (nr postępowania ZP 44/20)

prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Łodzi**.

Uzasadnienie

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługa Samochodowego transportu sanitarnego* (nr postępowania ZP 44/20). Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 września 2020 r. 2020/S zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 584964-N-2020. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 września 2020 r. Luxury Medical Care sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł w formie pisemnej odwołanie od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych):

1. Art. 353¹ Kodeksu cywilnego („kc”) oraz art. 484 § 2, art. 5 kc w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp – przez wykorzystanie pozycji dominującej, polegające na nałożeniu w SIWZ rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz art. 5 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp oraz art. 139 ustawy pzp – przez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny, niedookreślony i nieograniczający ich wysokości do maksymalnego limitu.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2a oraz ust. 2 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy pzp – przez wprowadzenie kryteriów jakościowych oceny ofert nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia, a tym samym niezastosowanie kryteriów odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, a co najmniej przez wprowadzenie kryterium dotyczącego ilości samochodów skierowanych do realizacji zamówienia.

Ponadto w uzasadnieniu sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w dokumentacji postępowania, które spowodują usunięcie wszystkich naruszeń wskazanych w treści odwołania, w tym zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia wraz z załącznikami, w szczególności modyfikacji kar umownych i wprowadzenia adekwatnych wysokości za konkretne, opisane w umowie naruszenia zgodnie z uzasadnieniem odwołania oraz zmiany kryteriów oceny ofert w sposób wskazany w tym uzasadnieniu.

W odpowiedzi na odwołanie z 28 września 2020 r. Zamawiający oświadczył, że w zakresie zarzutów dotyczących kar umownych:

- 1) uwzględni odwołanie co do zarzutów dotyczących treści § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust. 1 pkt 8) załącznika nr 4 do SIWZ – wzór umowy, a tym samym uznaje za słuszną ich zmianę i dokona niezwłocznie modyfikacji treści SIWZ w tym zakresie;
- 2) co do zasady podziela stanowisko Odwołującego co do niewłaściwego określenia postanowień dotyczących pozostałych kwestionowanych kar umownych, jednakże nie uznaje za słuszną ich zmianę w takim zakresie, jaki Odwołujący wskazuje w swym żądaniu, zarówno co do ich wysokości, jak i okoliczności uzasadniających nałożenie kary, stąd w zakresie uznanym za zasadny dokona niezwłocznie odpowiedniej modyfikacji treści SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie dotyczącym kryteriów oceny ofert, gdyż ta czynność nie mieści się w zamkniętym katalogu czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy pzp.

8 października 2020 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że na podstawie art. 186 ust. 3a i art. 187 ust. 8 ustawy pzp, w związku z częściowym uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów, cofa odwołanie w pozostałym zakresie oraz wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego i zwrot wpisu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez strony postępowania odwoławczego z przysługujących im tzw. czynności dyspozytywnych – czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie uwzględnienia części zarzutów odwołania przez zamawiającego i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W szczególności zgodnie z art. 186 ust. 3a pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W rozpatrywanej sprawie zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie częściowo uwzględnił odwołanie, natomiast Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie.

Wobec powyższego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w części zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).