Sygn. akt: KIO 1371/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 7 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Agata Mikołajczyk

na posiedzeniu bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 7 maja 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 kwietnia 2024 r. przez odwołujacego: **Messer Polska Sp. z o.o. z/s w Chorzowie** (ul. Maciejkowicka 30, 41503 Chorzów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu** (Al. W. Witosa 26, 45401 Opole),

postanawia:

Jmorzyć postępowanie odwoławcze;

Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wołującego: **Messer Polska Sp. z o.o. z/s w Chorzowie**(ul. Maciejkowicka 30, 41503 Chorzów) kwotę **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

……

Sygn. akt: 1371/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024r. przez wykonawcę: Messer Polska Sp. z o.o. z/s w Chorzowie(Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Zakup i dostawa gazów medycznych, laboratoryjnych i technicznych wraz z dzierżawą urządzeń" o numerze referencyjnym: DZP/2-23/233/13/2024". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.02.2024 r. pod numerem 2024/S 24-70511.

Odwołujący podał:

(...)

IV.Zamówienie zostało podzielone na 10 części. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

V.Termin składania ofert w Postępowaniu upłynął w dniu 11.03.2024 r.

VI.Odwołujący złożył ofertę na Część 1 zamówienia. Drugim wykonawcą, który złożył ofertęw zakresie Części 1 jest Air Products spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Komitetu Obrony Robotników 48, 02-146 Warszawa (dalej jako: „AP"),

VII.Zamawiający poinformował Spółkę o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części 1 w dniu11 kwietnia 2024 r. W tym dniu Odwołujący dowiedział się o wyborze w Części 1 oferty AP jako najkorzystniejszej. Postępowanie jest Postępowaniem o wartości powyżej progów unijnych. Odwołanie jest wnoszone od wskazanych w jego treści czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym na zaniechanie odrzucenia oferty AP i jej wybór jako oferty najkorzystniejszej. Dzień, w którym Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej był dniem, w którym Odwołujący dowiedział się, że oferta AP nie została odrzucona i wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 515 ust. 1 pkt 1) Pzp rozpoczął swój bieg w dniu 11.04.2024 r. Odwołanie zostaje wniesione w dniu 22.04.2024 r., co oznacza, że termin ustawowy na wniesienie odwołania został zachowany.

VIII.Zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 pkt 7) Pzp, Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania w Części 1, a polegające na:

1.nieuprawnionym wyborze oferty AP jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu;

2.bezpodstawnym wezwaniu AP do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu;

3.bezzasadnym zaniechaniu odrzucenia oferty AP, pomimo, iż:

i.jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; a dodatkowo

ii.została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, złożenia którego wymagał Zamawiający, a który potwierdza parametry zaoferowane przez AP a wymagane przez Zamawiającego, w szczególności dane dotyczące producenta oferowanego zbiornika; a także

iii. złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia na podstawie art. 224 Pzp nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz pomimo tego, że wykonawca ten nie złożył żadnych dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest

rażąco niska;

4.bezzasadnym zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, pomimo, iż jest ona jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania;

5.nierównym traktowaniu wykonawców, braku zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

IX.Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów:

i.art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AP, pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a z oferty wykonawcy nie wynika jakie parametry oferowanego urządzenia zaoferował wykonawca („Zarzut I");

ii.art. 107 ust. 3 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp Pzp, poprzez nieuprawnione wezwanie AP do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, pomimo, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu („Zarzut II");

iii.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AP, pomimo, iż wykonawca ten w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie złożył wymaganego przez niego przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdza parametry zaoferowane przez AP a wymagane przez Zamawiającego, w szczególności dane dotyczące producenta oferowanego zbiornika („Zarzut III");

iv. art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AP, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp złożył wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz pomimo tego, że wykonawca ten nie złożył żadnych dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, co może wskazywać na to, że jest rażąco niska („Zarzut IV"),

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, a także wyboru oferty wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i niewybrania oferty Odwołującego.

X.W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 pkt 9) Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.odrzucenia oferty AP,

3.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, gdyż jako jedyna w Części 1 nie podlega odrzuceniu, a Spółka nie podlega wykluczeniu z Postępowania, a także o zasądzenie kosztów, których spis zostanie przedstawiony na rozprawie.

XI.Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada wymaganiom SWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, a gdyby Zamawiający przeprowadził Postępowanie w zakresie Części 1 zgodnie z przepisami Pzp, jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i uzyskałby zamówienie. Przeprowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z Pzp doprowadziło do wybrania oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a nie oferty Odwołującego i z tego powodu Odwołujący może ponieść szkodę.

XII.Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego posiada on legitymację do wniesienia przedmiotowego odwołania. (...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 30/04/2024) podał: (...) odnosząc się do odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.04.2024 r. wniesionego przez Wykonawcę MESSER POLSKA Spółka z o.o. ul. Maciejowicka 30, 41-503 Chorzów NIP: 8510109326, wskazuje iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione przez Odwołującego w przedmiotowym odwołaniu. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający dokona unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Air Products Sp. z o.o. 02-146 Warszawa, ul. Komitetu Obrony Robotników 48, NIP: 5260213184, jako najkorzystniejszej w części nr 1, zawartej w informacji przekazanej pismem, znak sprawy: DZP/223/233/ 13/194/2024, z dnia 11 kwietnia 2024 r. oraz powtórzy czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu".

Do postępowania odwoławczego do dnia 7 maja 2024 r. przystąpienia, w tym po stronie zamawiającego nie zgłosił żaden z wykonawców. Zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego w piśmie z dnia 30/04/2024 pkt 4): *„kopia odwołania z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została przesłana uczestnikom postępowania za pośrednictwem https://usk-opole.logintrade.net/reiestracia/ustawowe.html,w dniu 24.04.2024r.*"

Odwołujący w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczył: (...) *na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z ze zm.; dalej: „Pzp"), w związku z pismem Zamawiającego z dnia 30.04.2024 r., DZP/223/233/13/220/2024, z którego wynika, że Zamawiający uwzględnia w całości zarzuty odwołania, cofam w całości odwołanie wniesione w dniu 22.04.2024 r. Wnoszę o zwrot wpisu w wysokości określonej przez tut. Izbę na rachunek jak*

niżej (...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu w związku z oświadczeniem złożonym przez wnoszącego odwołanie wykonawcę na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”*.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 r. - przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy - jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dodatkowo zauważa, że w myśl art. 520 ust. 2 Pzp: „2.*Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*” . Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i ewentualnych uczestników postępowania. Izba nie bada tym samym innych okoliczności podnoszonych przykładowo przez zamawiającego czy uczestnika.

Tym samym Izba - zgodnie z art. 568 pkt 1 w związku z art. 520 ust.1 cytowanej ustawy - postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……