

Sygn. akt: KIO 4867/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 17 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez **wykonawcę „SHIMPOL A.M. Borzymowski” E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Lublinie** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy Bioanalytic sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**
postanawia:

1. umorzyc postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy „SHIMPOL A.M. Borzymowski” E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie kwoty 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 4867/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Lublinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„zakup i dzierżawa analizatorów, odczynników i materiałów zużywalnych dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej”*, Znak sprawy 94/24. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 października 2024 r., za numerem OJ S 192/2024 02/10/2024.

W dniu 23 grudnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca „SHIMPOL A.M. Borzymowski” E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr 9.
- 2) zaniechania odstąpienia wyjaśnień Bioanalytic sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Bioanalytic”) złożonych w dniu 28 listopada 2024 r.
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Bioanalytic.
- 4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 ustawy pzp przez unieważnienie postępowania w zakresie Zadania nr 9 z uwagi na okoliczność, że postępowanie w zakresie Zadania nr 9 obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy tego rodzaju okoliczności w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Zadania nr 9 nie wystąpiły, a Zamawiający nie wykazał ich zaistnienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2. art. 18 ust. 1-3 ustawy pzp przez uznanie skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień złożonych przez Bioanalytic złożonych w dniu 28 listopada 2024 r. i odmówienie Odwołującemu udostępnienia tych wyjaśnień, w sytuacji, gdy Bioanalytic nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a dodatkowo wyjaśnienia w zakresie stawki podatku VAT, jako należności publicznoprawnej nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

3. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Bioanalytic pomimo, że Bioanalytic nie wykazał podstaw do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT.

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp lub art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty

Bioanalytic pomimo, że złożonym przedmiotowym środkiem dowodowym Bioanalytic nie potwierdził zgodności ofertowanej dostawy z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

5. art. 255 pkt 6 ustawy pzp, art. 239 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp, przez unieważnienie postępowania w zakresie Zadania nr 9, skutkujące zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego, pomimo że oferta Odwołującego nie jest obciążona błędem w obliczeniu ceny.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadania 9.
- 2) udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Bioanalytic w dniu 28 listopada 2024 r.
- 3) odrzucenia oferty Bioanalytic.
- 4) ponownej oceny oferty Odwołującego i dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 13 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów sformułowanych w pkt I, III, IV odwołania i w tym zakresie wniósł o umorzenie postępowania, a w zakresie zarzutu zawartego w pkt II, wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 15 stycznia 2025 r. Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut nieuwzględniony przez Zamawiającego, tj. zarzut z pkt II odwołania. Ponadto, wniósł opozycję przeciwko przystąpieniu wykonawcy Bioanalytic sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, a w konsekwencji wniósł o wydanie na posiedzeniu niejawnym postanowienia o uwzględnieniu opozycji, a także o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy pzp i zwrot Odwołującemu całości wniesionego wpisu od odwołania.

Izba postanowiła oddalić opozycję Odwołującego wobec przystąpienia wykonawcy Bioanalytic sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu wskazał: „Przystępujący wskazuje na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający (z uwagi na różne stawki VAT w ofertach wykonawców) unieważnił postępowanie, a oferta Przystępującego nie została odrzucona. Natomiast w przypadku uznania zarzutów odwołującego dot. unieważnienia postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą i przystąpienia do ponownego badania ofert przez Zamawiającego, oferta Przystępującego jest ofertą z najniższą ceną a tym samym Przystępujący ma interes w pozyskaniu zamówienia a także przedstawienia argumentów, repliki w zakresie zarzutów kierowanych przez Odwołującego wobec oferty Przystępującego zawartych w odwołaniu. Przystępujący wskazuje ponadto, iż z uwagi na to, że jego oferta nie została odrzucona w postępowaniu i ma najniższą cenę, to ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej. Przystępujący ma zatem interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego.”

W ocenie Izby Wykonawca w zgłoszonym przystąpieniu wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego w rozumieniu art. 525 ustawy pzp. Jak podnosi się w doktrynie: „Wykazanie interesu polega w tym przypadku na udzieleniu odpowiedzi na pytanie, dlaczego rozstrzygnięcie odwołania na korzyść danej strony stanowi realizację interesu zgłaszającego przystąpienie.” (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 525.) Ponadto akcentuje się, że ustawa pzp nie wymaga, aby interes uczestnika postępowania był wyłącznie interesem prawnym: „Lege non distinguente za wystarczający należy uznać interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się szerokie postrzeganie tego interesu. Jak przyjęła KIO w wyroku z 10.12.2015 r. (KIO 2575/15, LEX nr 1978086), zgłaszający przystąpienie może się powoływać na jakikolwiek interes, w tym również faktyczny, związany z rozstrzygnięciem postępowania na korzyść strony, do której przystępuje.” (tak: J. Jerzykowski [w:] Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 525.) W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się również, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje należy rozumieć szerszej niż pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia, który stanowi materialnoprawną przesłankę zasadności odwołania.

Mając na względzie powyższe rozważania Izba uznała za wystarczające uzasadnienie interesu przedstawione przez ww. Wykonawcę w zgłoszonym przystąpieniu. Niewątpliwie za taki interes należy uznać dążenie do zachowania obecnego stanu rzeczy, w którym oferta Przystępującego pozostaje ofertą nieodrzuconą a postępowanie jest unieważnione. Jak podnosił Przystępujący w przystąpieniu, uwzględnienie odwołania może doprowadzić do odrzucenia jego oferty i zmiany wyniku postępowania, a więc oddalenie odwołania jest w interesie zgłaszającego przystąpienie. Podkreślić należy ponownie, że interes przystępującego jest rozumiany szerzej niż interes w uzyskaniu zamówienia i zdaniem Izby taki interes Przystępujący wykazał. Dlatego też Izba uznała skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego wykonawcy Bioanalytic sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

W dniu 17 stycznia 2025 r. odbyło się posiedzenie z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na które nie stawił się Przystępujący. Przystępujący po stronie Zamawiającego nie złożył więc oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania w części, gdyż nie stawił się na posiedzenie z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, pomimo prawidłowego powiadomienia. Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy pzp, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący Bioanalytic sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 17 stycznia 2025 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r., sygn. akt: 2214/16).

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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.”* Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, a Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty. Natomiast, Wykonawca, który zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: