Sygn. akt: KIO 2313/23

POSTANOWIENIE
z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 6 sierpnia 2023 r. przez odwołującego: **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Bobrowiecka 8, 00728 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza Jerzego Popiełuszki we Włocławku** (ul. Wieniecka 49, 87800 Włocławek),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Bobrowiecka 8, 00728 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 poz.1605) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..……..……..

Sygn. akt: KIO 2313/23

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 6 sierpnia 2023 r. przez odwołującego: Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy przez zamawiającego: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza Jerzego Popiełuszki we Włocławku w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę odczynników immunochemicznych i biochemicznych z dzierżawą dwóch funkcjonalnie zintegrowanych, automatycznych systemów diagnostycznych, dostawa szybkich testów diagnostycznych, (...). Numer referencyjny: DZP/13/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UEw dniu 3 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 045131727.

Odwołujący podał, że w odwołaniu (...) podnosi niezgodność z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)odrzuceniu oferty Odwołującego w części 1 Postępowania,

2)unieważnieniu Postępowania w części 1.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w części 1 Postępowania ze względu na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, podczas gdy taka niezgodność nie występuje, a niedoszacowanie ilości oznaczeń koniecznych do wykonania zamówienia powinno zostać poprawione przez Zamawiającego jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty;

- art. 255 pkt 2) Pzp poprzez unieważnienie Postępowania, pomimo że nie wszystkie oferty podlegały odrzuceniu (ta czynność została bezzasadnie zastosowana wobec oferty Odwołującego).

Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza) i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu (w przypadku zawarcia umowy, do czego predestynują Odwołującego warunki oferty).

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

I.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 Postępowania,

II.unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w części 1,

III.powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 Postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie - na podstawie art. 525 ust.1 ustawy Pzp - zgłosił wykonawca Abbott Laboratories Poland sp. z o.o.z/s w Warszawie wnosząc także o oddalenie odwołania. W szczególności podał: *„Abbott posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż podtrzymanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert firmy Roche, unieważnienie niniejszego postępowania i ewentualne ponowne ogłoszenie ww. przetargu może spowodować, Że Przystępujący będzie mógł w nim wziąć udział.*"

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 21/08/23 wskazując na art. 521 oraz 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) oświadczył, że *„Zamawiający uwzględnia odwołanie wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. (adres: ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa) z dnia 6 sierpnia 2023 roku objęte postępowaniem odwoławczym o sygn. akt: KIO 2313/23 w całości tj. w zakresie żądania:1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 Postępowania, 2) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w części 1, 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 Postępowania"*.

Wskazując na powyższe Zamawiający wniósł (...)*o umorzenie przedmiotowego postępowania odwoławczego*". Poinformował ponadto, że przekazał niniejsze pismo do wiadomości Odwołującego oraz Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 568 pkt pkt 3 ustawy Pzpw związku z jej art. 522 ust. 1 Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący – wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie wobec zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z/s w Warszawie, na podstawie art. 526 ust.1 ustawy Pzp zgłosił - na posiedzeniu w dniu 21 sierpnia 2023 r. - opozycję podnosząc brak interesu wykonawcy w zgłoszonym przystąpieniu z uwagi na odrzucenie oferty tego wykonawcy, która to decyzja (z dnia 26/07/230 nie została w trybie przewidzianym ustawą Pzp do dnia 21/08/23

zaskarżona.

Izba na podstawie art. 526 ust.2 zdanie pierwsze ustawy Pzp uwzględniła zgłoszoną opozycję. W myśl wskazanego przepisu:

„2. *Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. (...)*

Zgodnie z kolei z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego może po pierwsze tylko wykonawca, który wskazując stronę, do której przystępuje, jest zobowiązany także wskazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z powyższej regulacji wynika, że skuteczne przystąpienie zgłosić może jedynie ten podmiot, który posiada status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W świetle powołanej definicji status wykonawcy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia uzależniony jest od czynnego uczestnictwa tego podmiotu w danym etapie tego postępowania. O ile przed upływem terminu składania ofert status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który wyraża wolę uczestnictwa w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, o tyle po upływie terminu składania ofert, status wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu przysługiwał będzie tym podmiotom, które złożyły ofertę, a na etapie realizacji umowy - podmiotowi, który na podstawie oferty zawarł umowę. W ślad za orzecznictwem, należy podkreślić, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przymiot wykonawcy można utracić w toku tego postępowania, chociażby w wyniku odrzucenia oferty i zaniechania zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy. Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Wykonawca Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z/s w Warszawie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego utracił status wykonawcy prawomocną – niezaskarżoną decyzją Zamawiającego z dnia 26/07/23 o odrzuceniu jego oferty. Tym samym ten podmiot nie może w sposób skuteczny zgłosić przystąpienia do postępowania odwoławczego na obecnym jego etapie.

Z tych też względów, Izba stwierdziła brak podstaw do dopuszczenia wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z/s w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania, albowiem zgłaszający opozycję wykonawca uprawdopodobnił, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Wskazany przepis - art. 522 ust. 1 Pzp - stanowi: „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*"

Tak jak ustalono, Izba stwierdziła brak podstaw do dopuszczenia wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z/s w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania, a zatem na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust.1 ustawy Pzp postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 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). W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……