

POSTANOWENIE
z dnia 20 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału Stron postępowania w dniu **20 listopada 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

6 listopada 2023 roku przez wykonawcę **EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży z siedzibą w Łomży**

przy udziale wykonawców:

1) Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

(1) **MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (Lider);**

(2) **Replastik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (Partner);** (3) **RAF Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczach (Partner)**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego;**

2) Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

(1) **ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie (Lider);** (2) **Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (Partner)**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**

2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz Odwołującego - EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie**

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży z siedzibą w Łomży prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów medycznych innych niż niebezpieczne (kod 18 01 04) oraz usług odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych zakaźnych (kody: 18 01 02*, 18 01 03*, 18 01 82*), odpadów medycznych niebezpiecznych innych niż zakaźne (kod 18 01 08*) i odpadów medycznych innych niż niebezpieczne (kod 18 01 09) dla Szpitala Wojewódzkiego im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 października 2023 r. pod numerem 2023/S 194-606925.

W dniu 6 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, podstawie art. art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) odwołanie złożył wykonawca EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie (dalej jako „Odwołujący”). Odwołanie dotyczy Pakietu 2.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 30 października 2023 r. Wówczas Zamawiający dokonał istotnej modyfikacji treści SWZ poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 4 pismem „Wyjaśnienie i zmiana treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) oraz zmiana ogłoszenia o zamówieniu”, opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Odwołanie złożono w ustawowym terminie, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej. Odwołujący jest

wykonawcą, który świadczy usługi będące przedmiotem postępowania. Odwołujący działa na rynku transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych od ponad 20 lat i zna powszechnie obowiązujące przepisy rządzące realizacją usług unieszkodliwiania odpadów medycznych. Zamawiający na skutek udzielonych odpowiedzi do treści SWZ wprowadził do SWZ przedmiotowy środek dowodowy, który jest niezasadny i jest uzyskiwany fakultatywnie a jego wydanie trwa co najmniej 30 dni zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego. Odwołujący nie może ze względu na istotną modyfikację SWZ przez Zamawiającego dokonaną na kilka dni przed upływem terminu składania ofert złożyć ważnej oferty, co prowadzi do naruszenia zasady prowadzenia postępowania, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący może utracić szansę wzięcia udziału w postępowaniu i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący może ponieść szkodę i nie uzyskać spodziewanych korzyści jakie osiągnąłby gdyby mógł wziąć udział w postępowaniu i jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (*lucrum cessans*).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 137 ust. 6 zdanie pierwsze Pzp oraz art. 106 Pzp w związku z art. 16 Pzp oraz art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego poprzez dokonanie istotnej zmiany treści SWZ i wprowadzenie przedmiotowego środka dowodowego na etapie składania ofert bez wskazania jakie określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania ma potwierdzać przedmiotowy środek dowodowy oraz bez wydłużenia czasu na składanie ofert niezbędnego do uzyskania przedmiotowego środka dowodowego co rażąco narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy Zamawiający dokonując istotnej modyfikacji treści SWZ w zakresie przedmiotowego środka dowodowego powinien wskazać jakie określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania ma potwierdzać przedmiotowy środek dowodowy oraz wydłużyć termin składania ofert co najmniej o miesiąc, a więc o podstawowy czas trwania postępowania administracyjnego, w którym ewentualnie można by uzyskać przedmiotowy środek dowodowy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania zmiany treści SWZ poprzez wykreślenie wymagania dodanego do SWZ w Rozdziale XIII ust. 3 pkt 7 SWZ, tj.:

2) alternatywnie, w przypadku nie uwzględnienia żądania z pkt 1 przesunięcia terminu składania ofert o miesiąc, tj. do dnia 7 grudnia 2023 r. do godz. 10:00 (Rozdział XVII ust. 1 i 3 SWZ).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazany w treści złożonego odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

1)Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

(1) MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (Lider);

(2) Replastik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (Partner);

(3) RAF Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczach (Partner), zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

2)Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

(1) ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie (Lider); (2) Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Olsztynie (Partner), zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność złożonych przystąpień i dopuściła zgłaszających jako Przystępujących.

Odwołujący, w dniu 17 listopada 2023 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 20 listopada 2023 roku, złożył oświadczenie

o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugiej ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania

sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....