

POSTANOWIENIE

z dnia 28 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **28 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **10 listopada 2017 r.**

przez wykonawcę: **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. Pirogowa przy ul. Wólczańskiej 191/195 o budynek trzypoziomowy (kondygnacyjny) w systemie modułowym* (nr postępowania 15/ZP/PN/17)

prowadzonym przez zamawiającego: **Inwestycje Medyczne Łódzkiego sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawcy: **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia 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 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Inwestycje Medyczne Łódzkiego sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. Pirogowa przy ul. Wólczańskiej 191/195 o budynek trzypoziomowy (kondygnacyjny) w systemie modułowym* (nr postępowania 15/ZP/PN/17). Ogłoszenie o tym zamówieniu 31 października 2017 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_209 pod poz. 432165. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 listopada 2017 r. Odwołujący Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 36a ust. 2 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nałożenie na wykonawcę obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego, z określeniem zakresu niebędącego częściami kluczowymi oraz niewspółmiernie do potrzeb Zamawiającego, w sposób powodujący istotne ograniczenie konkurencji.
2. Art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 – przez określenie wymagań w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej w sposób zbyt wygórowany i niewspółmierny do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 29 ust. 1 – przez braki w opublikowanej dokumentacji postępowania.
4. Art. 25 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nałożenie na wykonawcę obowiązku przedłożenia na wezwanie Zamawiającego następujących dokumentów:
 - a) potwierdzenia, że oferowany wyrób medyczny (jeśli dotyczy) został zgłoszony/wpisany do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu lub dokonano powiadomienia o wyrobie w trybie art. 58 ustawy o wyrobach medycznych (nazwa wyrobu zgłoszona/wpisana do rejestru winna odpowiadać nazwie handlowej/katalogowej oferowanego wyrobu);

- b) atestu PZH dotyczącego stropu nawiewnego (w zakresie oferowanych materiałów strop nawiewny musi posiadać atest higieniczny PZH oraz posiadać certyfikat potwierdzający zgodność wykonania produktu z DIN 1946/4 lub równoważną – wydany przez jednostkę notyfikowaną)

– niewspółmiernie do potrzeb Zamawiającego i nieadekwatnie do zakresu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Usunięcia w SIWZ obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia: a) wykonania instalacji gazów medycznych; b) dostawy, montażu i uruchomienia systemu integracji bloku operacyjnego.
2. Dokonania w SIWZ zmiany warunków dotyczących zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej polegającej na ograniczeniu wymagań odnośnie wykonanych robót do wykazania, że wykonawca wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: *Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie w technologii budownictwa modułowego obiektu min. 2 kondygnacyjnego, o powierzchni minimum 1.000 m², lub Jedną robotę budowlaną wykonaną (zrealizowaną) w czasie maksymalnie 12 miesięcy polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie w technologii budownictwa modułowego obiektu z salami operacyjnymi wraz z dostawą wyposażenia medycznego; lub Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu z blokiem operacyjnym, oddziałem intensywnej terapii, wraz z dostawą wyposażenia medycznego, o wartości inwestycji min. 10.000.000,00 zł.*
3. Opublikowania treści wszystkich dokumentów, które są powołane w dokumentacji przetargowej, tj. załącznika nr 4 – Opis przedmiotu zamówienia i pozwolenia na budowę.
4. Dokonania w SIWZ zmiany polegającej na określeniu, że wykonawca zobowiązany jest:
a) *zapewnić na 14 dni przed terminem dostawy że oferowany wyrób medyczny (jeśli dotyczy) został zgłoszony/wpisany do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu lub dokonano powiadomienia o wyrobie w trybie art. 58 ustawy o wyrobach medycznych (nazwa wyrobu zgłoszona/wpisana do rejestru winna odpowiadać nazwie handlowej/katalogowej oferowanego wyrobu);* b) *przedstawić w terminie 14 dni przed rozpoczęciem prac w tym zakresie atest PZH dotyczący stropu nawiewnego (w zakresie oferowanych materiałów strop nawiewny musi posiadać atest higieniczny PZH oraz posiadać certyfikat potwierdzający zgodność wykonania produktu z DIN 1946/4 lub równoważną – wydany przez jednostkę notyfikowaną).*

Ponadto w uzasadnieniu podano dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

Pismem z 14 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 13 listopada 2017 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

16 listopada 2017 r. r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

21 listopada 2017 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że wobec dokonania przez Zamawiającego zmian SIWZ – choć jego zdaniem doprowadziło to do uwzględnienia odwołania w całości – cofa wszystkie pozostałe zarzuty oraz wnosi o umorzenie postępowania na podstawie art. 186 ust. 3a pzp i zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania lub ich wzajemne zniesienie.

23 listopada 2017 r. wpłynęło do Izby pismo Zamawiającego w którym oświadczył, że przyłącza się do wniosku Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego w oparciu o art. 186 ust. 3a pzp oraz wnosi o wzajemne zniesienie jego kosztów zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 pzp.

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 – 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 ocenie Izby w rozpatrywanym postępowaniu zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu. Po pierwsze – Zamawiający *de facto* częściowo uwzględnił odwołanie, a Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie. Po drugie – Przystępujący nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania.

Izba uznała, że skoro Przystępujący Warbud został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, miał możliwość reprezentowania swoich interesów na posiedzeniu, na które jednak się nie stawił ani nie złożył wniosku o zmianę jego terminu, co należy uznać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2010 r. poz. 964 ze zm.), niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przy czym § 3 rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należało uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Jest to następny etap postępowania odwoławczego po posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę, co do zasady, będzie ono rozpatrzone na tak wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, w tym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak uwzględnienie odwołania w całości lub części czy ewentualny sprzeciw co do tej czynności zamawiającego.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. Przy prawidłowym powiadomieniu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu może on i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać

za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słuszością powyższego rozumowania przemawia, że zgodnie z art. 189 ust. 1 rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania powinno nastąpić w ciągu 15 dni, w czym wyraża się zasada szybkości i efektywności tego postępowania. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawne dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3-dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania znajduje zastosowanie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Powyższe stanowisko jest utrwalone w orzecznictwie Izby (zob. m.in. postanowienia wydane: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15), 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15).

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 z udziałem Stron i Przystępującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: