

Sygn. akt: KIO 279/2011

WYROK

z dnia 21 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Łaciński

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 11 lutego 2011 r. przez wykonawcę: **ASPEN-Res Sp. z o. o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Specjalistyczne Centrum Medyczne w Polanicy Zdroju Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Jana Pawła II 2, 57-320 Polanica Zdrój.**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania w kwocie 15 000,00 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: ASPEN-Res Sp. z o. o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5.**
- 3. Nakazuje zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczanego wpisu.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Żywienie pacjentów, pracowników i prowadzenie baru-kawiarni w Specjalistycznym Centrum Medycznym SP ZOZ w Polanicy Zdroju,” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 10 listopada 2010 roku pod pozycją 2010/S 218-334486, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 11 lutego 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawcę: ASPEN-Res spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia pismem z dnia 2 lutego 2011 r. o unieważnieniu postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazującym na to, iż wymienione postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Specjalistycznemu Centrum Medycznemu w Polanicy Zdroju Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), t.j.: art. 93 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do zastosowania wskazanego przepisu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą,
- 5) złożenia wniosku do Ministra Zdrowia o wyrażenie zgody na dzierżawę majątku trwałego zgodnie z zarządzeniem z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie określenia zasad zakupu lub przejęcia darowizny aparatury i sprzętu medycznego oraz w sprawie zbycia wydzierżawienia lub wynajęcia majątku trwałego publicznego zakładu opieki zdrowotnej utworzonego przez Ministra Zdrowia,
- 6) złożenia wniosku do ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa o wyrażenie zgody na dzierżawę majątku trwałego zgodnie z ustawą z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa,
- 7) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał co następuje. Zamawiający powiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego o unieważnieniu postępowania przetargowego. Wskazał jako podstawę unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, podając że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący podnosił, iż ustawodawca w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp określił zamknięty katalog okoliczności, w których umowa podlega unieważnieniu. W omawianym przypadku, zdaniem zamawiającego, żadna z tych okoliczności nie zachodziła. Odwołujący uznał skarżoną czynność zamawiającego za błędną. Zamawiający wyjaśniając przyczyny unieważnienia postępowania, informował że zwrócił się do organu założycielskiego o pisemną zgodę na wydzierżawienie pomieszczeń i użyczenie w użytkowanie rzeczy ruchomych stanowiących aktywa trwałe. W odpowiedzi otrzymanej z Departamentu Nadzoru, Kontroli i Skarg Ministerstwa Zdrowia w dniu 13 grudnia 2010 r. wskazano zamawiającemu na konieczność wprowadzenia stosownej korekty i uzupełnienia do projektu umowy dzierżawy. W tym samym piśmie wytknięto również, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie uwzględnia wymogu uzyskania przez zamawiającego zgody Ministra Skarbu Państwa na dokonanie przedmiotowej czynności. Zamawiający udostępnił odwołującemu zarówno wniosek jak i odpowiedź jaką uzyskał z Ministerstwa Zdrowia. Jak wynika z pisma z Ministerstwa Zdrowia z 2 grudnia 2010 r. zamawiający otrzymał szczegółowe wytyczne i warunki jakie winien spełniać wniosek o uzyskanie zgody. W szczególności Ministerstwo wskazało, że wnioskowanie o zgodę przed rozstrzygnięciem przetargu nie jest właściwe, gdyż wniosek musi wskazywać podmiot, który będzie stroną czynności prawnej umowy dzierżawy, a to możliwe jest wyłącznie po rozstrzygnięciu przetargu.

Odwołujący przyznał, iż zamawiający nie dokonał uzupełnienia SIWZ jak podawało Ministerstwo Zdrowia, w tym w zakresie zamieszczenia informacji o konieczności uzyskania zgody właściwych ministrów na zawarcie umowy dzierżawy. Wskazywał jednocześnie, że zamawiający miał taką możliwość przed terminem otwarcia ofert. Jednakże brak w SIWZ informacji o czynnościach wynikających z ogólnie obowiązujących ustaw, w przekonaniu odwołującego, nie niesie żadnych skutków dla składających oferty. Zdaniem odwołującego, zamawiający zawarł w SIWZ wystarczające informacje umożliwiające potencjalnym wykonawcom stwierdzenie, iż Minister Zdrowia jako organ założycielski oraz Minister Skarbu będą wydawali po rozstrzygnięciu przetargu stosowne zgody w sprawie wydzierżawienia pomieszczeń wraz z wyposażeniem - zgodnie z ogólnie obowiązującymi przepisami. Oczywistym było, zdaniem odwołującego, dla składających ofertę, że w przypadku gdy organem założycielskim jest Minister Zdrowia, mają zastosowanie przepisy zarządzenia

Ministra Zdrowia z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie określenia zasad zakupu lub przyjęcia darowizny aparatury i sprzętu medycznego oraz w sprawie zbycia, wydzierżawienia lub wynajęcia majątku trwałego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, utworzonego przez Ministra Zdrowia. Za bezsporny uznał fakt, iż zastosowanie wskazanego zarządzenia obliguje zamawiającego do zastosowania przepisów ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa. Ponieważ podstawą do złożenia stosownych wniosków zarówno do Ministerstwa Zdrowia jak i Ministerstwa Skarbu Państwa jest rozstrzygnięcie postępowania i wyłonienie wykonawcy usługi, zdaniem odwołującego, procedura uzyskania zgody obu Ministerstw w dalszym ciągu jest możliwa, w zgodzie z ustawą Prawo zamówień publicznych, zarządzeniem Ministra Zdrowia oraz ustawą dotyczącą uprawnień Skarbu Państwa. W istocie takiej zgody do tej pory nie uzyskano ponieważ, jak wskazywał odwołujący, nie uzupełniono odpowiednio wniosku do Ministra Zdrowia i nie złożono wniosku do Ministra Skarbu. Zgodnie z § 7a ust. 1 pkt 3-4 powołanego wyżej zarządzenia Ministra Zdrowia, wniosek do organu założycielskiego zawierać powinien w szczególności informację o przeprowadzonym przetargu oraz o podmiocie, z którym umowa ma zostać zawarta. Podobnie art. 5b ust. 1 pkt 4 ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa nakazuje, by we wniosku do Ministra Skarbu Państwa wskazać podmiot, na rzecz którego nastąpić rozporządzenie aktywami trwałymi. Takie brzmienie przepisów zakłada *explicite* uzyskanie decyzji Ministra Zdrowia i Ministra Skarbu Państwa po dokonaniu wyboru wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie odwołujący podnosił, iż unieważnienie postępowania niesie negatywne skutki dla interesu publicznego, a także interesu gospodarczego odwołującego. Naraża bowiem na nieuzasadnione straty zarówno odwołującego jak i zamawiającego. Wyjaśniał, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty (z cenami ofertowymi netto bez VAT):

- oferta nr 1 - BRESCO Consulting sp. z o.o., Robotnicza 32, 53-608 Wrocław - cena 35,10 zł,
- oferta nr 2 - ASPEN-Res sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków - cena 12,80 zł,
- oferta nr 3 - „NIRO” sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin - cena 15,42 zł.

Odwołujący ASPEN-Res Sp. z o.o. zaznaczył, iż zaferował najniższą cenę. Ponadto zaferował cenę istotnie niższą niż cena, za którą dotychczas świadczy te same usługi zamawiającemu. Unieważnienie przetargu powoduje, iż odwołujący świadczy obecnie zamawiającemu usługę po starej, wyższej cenie, ale jednocześnie nie ma możliwości skonsumowania korzystnych dla siebie wyników obecnego przetargu i stabilnej realizacji usługi przez kolejne 4 lata. Natomiast upublicznienie cen ofertowych skutkuje także tym, że w kolejnym przetargu najniższa oferowana cena będzie najprawdopodobniej wyższa niż osiągnięta w przetargu unieważnionym. Odwołujący podnosił, iż zamawiający ma nadal możliwość:

- anulowania decyzji o unieważnieniu przetargu,
- wystąpienia do odwołującego się o przedłużenie terminu związania ofertą,
- wystąpienia o odpowiednie zgody do Ministrów Zdrowia i Skarbu, oraz
- podpisania umowy z wyłonionym w przetargu wykonawcą w wypadku uzyskania ustawowo wymaganych pozwoleń. Nie zaistniały zatem w ocenie odwołującego przesłanki do unieważnienia postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z przekazane dnia 10 lutego 2011 r. do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 14 lutego 2011 r. złożonym 21 lutego 2011 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 2 lutego 2011 r. powiadającym o unieważnieniu postępowania. Podkreślał, iż w sytuacji wystąpienia chociażby jednej przesłanki, sformułowanie przepisu art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, czyni z unieważnienia obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, korespondencji zamawiającego z Ministerstwem Zdrowia, pisma o unieważnieniu postępowania. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje usługę: „Żywienie pacjentów, pracowników i prowadzenie baru-kawiarni w Specjalistycznym Centrum Medycznym SP ZOZ w Polanicy Zdroju.”

W rozdziale IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający zawarł w punkcie 11 postanowienia, iż wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zobowiązany będzie do przejęcia protokołem zdawczo – odbiorczym:

- a. pomieszczeń kuchni centralnej wraz z zapleczem, kuchni stołówki oraz baru-kawiarni,
- b. środków trwałych i przedmiotów nietrwałych, znajdujących się na stanie SCM SP ZOZ w

wymienionych pomieszczeniach oraz wykorzystywania przejętych pomieszczeń i mienia do celów służących realizacji przedmiotu zamówienia,

- c. zawarcia umowy dzierżawy pomieszczeń i środków trwałych oraz przedmiotów nietrwałych. Według punktu 14 aktualna wartość urządzeń, sprzętu i wyposażenia kuchni, pomieszczeń kuchni-stołówki oraz baru-kawiarni wynosi 7 777 000,00 zł.

W rozdziale XVII SIWZ zamawiający określił istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy według wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający w zakresie postanowień umownych podał, iż warunkiem zawarcia umowy (na świadczenie usług żywienia i dzierżawy) jest uzyskanie zgody Ministerstwa Zdrowia (organu założycielskiego zamawiającego) na dzierżawę pomieszczeń wraz z wyposażeniem. Warunkiem zawarcia umowy na świadczenie usług żywienia jest wcześniejsze podpisanie przez wykonawcę, którego oferta uzyska najwyższą liczbę punktów i uznana zostanie przez komisję przetargową za najkorzystniejszą, umowy dzierżawy, zgodnej z wzorem dołączonym do niniejszej SIWZ. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do modyfikacji wzorów umów przed upływem terminu składania ofert. Umowa z wybranym w postępowaniu wykonawcą zostanie podpisana zgodnie z postanowieniami art. 94 ustawy Pzp.

Do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zostały dołączone wzory umów:

- zał. 8 na świadczenie usług żywienia,
- zał. 8a na dzierżawę pomieszczeń wraz z wyposażeniem.

Pismem z dnia 2 lutego 2011 r, przekazany uczestnikom postępowania za pośrednictwem faksu, zamawiający poinformował, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż zostało ono wszczęte przed uzyskaniem zgody organu założycielskiego na wydzierżawienie pomieszczeń oraz użyczenie do użytkowania rzeczy ruchomych, stanowiących aktywa trwałe przeznaczonych do realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Obowiązek uzyskania uprzedniej pisemnej zgody na tego rodzaju rozporządzenie aktywami zamawiającego wynika z zarządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 kwietnia 2010 r. zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia zasad zakupu lub przyjęcia darowizny aparatury i sprzętu medycznego oraz w sprawie zbycia, wydzierżawienia lub wynajęcia majątku trwałego publicznego zakładu opieki zdrowotnej utworzonego przez Ministra Zdrowia. Tytułem wyjaśnienia zamawiający podał, iż zwracał się do Ministra Zdrowia o wydanie stosownej zgody, jednakże spotkał się z odpowiedzią odmowną pismem doręczonym dnia 13 grudnia 2010 r, gdyż wymienione Ministerstwo uznało, że konieczne jest wprowadzenie korekty i uzupełnienia

do projektu umowy dzierżawy. Ponadto specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie uwzględnia wymogu uzyskania zgody Ministra Skarbu Państwa na dokonanie przedmiotowej czynności prawnej.

Izba zważyła co następuje.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oferta złożona przez odwołującego się jest najkorzystniejsza w jedynym ustanowionym kryterium ceny. W przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący się mógłby ponieść szkodę w wyniku nie uzyskania zamówienia.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że pismem z dnia 12 listopada 2010 r. zamawiający zwrócił się do Ministerstwa Zdrowia o wyrażenie zgody na wydzierżawienie pomieszczeń w celu prowadzenia kuchni szpitalnej, baru – kawiarni i stołówki na terenie Specjalistycznego Centrum Medycznego w Polanicy Zdroju. Zamawiający podał, iż pomieszczenia zlokalizowane są w kompleksie szpitalnym, zajmują powierzchnię 1 465,62 m.² Wartość rynkowa nieruchomości stanowi 1 005 000,00 zł. Natomiast wartość urządzeń, sprzętu i wyposażenia kuchni, pomieszczeń kuchni-stołówki oraz baru-kawiarni, wynosi 7 777 000,00 zł.

Zamawiający informował również, iż wszczął postępowanie przetargowe na świadczenie usług żywieniowych. Zobowiązał się do powiadomienia organu założycielskiego o wyniku postępowania i o wyborze wykonawcy zamówienia. Do wniosku załączył projekt umowy na dzierżawę pomieszczeń.

W odpowiedzi, Ministerstwo Zdrowia Pismem z dnia 2 grudnia 2010 r, doręczonym zamawiającemu w dniu 13 grudnia 2010 r. uznało wyżej opisany wniosek za przedwczesny, niekompletny i tym samym niespełniający podanych w odnośnych przepisach wymagań formalnych. Ministerstwo zwróciło uwagę, iż stosownie do postanowień § 7a ust. 1 pkt 3 i pkt 4 zarządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie określenia zasad zakupu lub przyjęcia darowizny aparatury i sprzętu medycznego oraz w sprawie zbycia, wydzierżawienia lub wynajęcia majątku trwałego zakładu opieki zdrowotnej utworzonego przez Ministra Zdrowia, wniosek samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej albo zawiadomienie powinny zawierać między innymi informację o przeprowadzonym przetargu oraz wskazanie podmiotu, z którym ma zostać zawarta umowa. Natomiast procedura przetargowa na dzień złożenia wniosku nie została zakończona. Jako wadę wniosku organ założycielski wytknął brak przedstawienia dokumentów potwierdzających uprawnienie jednostki do dysponowania przedmiotowymi aktywami trwałymi (§ 7a ust. 2 pkt 4), gdyż sposób nabycia wyposażenia i urządzeń obiektów dzierżawionych powinien zostać udokumentowany, niezależnie od

potwierdzenia uprawnień do dysponowania nieruchomością. W opinii Departamentu Nadzoru, Kontroli i Skarg Ministerstwa Zdrowia korekty i uzupełnienia wymaga również przedstawiony projekt umowy dzierżawy według załącznika 8a do SIWZ. Za wymagające wyjaśnienia i korekty Ministerstwo uznało:

1) zawarte § 1 ust. 2 projektu odesłanie do załącznika nr 4 SIWZ, skoro jego przedmiotem jest oświadczenie zgodne z art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, dotyczące warunków udziału w postępowaniu,

2) postanowienie § 1 ust. 4 projektu, gdzie jest mowa o przekazaniu przedmiotu dzierżawy protokołem trójstronnym z udziałem: wydierżawiającego, ASPEN-Res i wybranego wykonawcy, a nie podano jaką rolę pełni podmiot o nazwie ASPEN-Res,

3) postanowienie § 3 ust. 10 projektu, dotyczące regulowania przez dzierżawcę należności w okresach miesięcznych, przez doprecyzowanie terminów przedstawienia kalkulacji oraz wnoszenia opłat.

4) brak określenia w jakim stanie przedmiot dzierżawy winien zostać zwrócony wydierżawiającemu, po zakończeniu umowy, stanowiące pominięcie wskazań § 6a ust. 2 pkt 4 powołanego zarządzenia Ministra Zdrowia.

5) w rozdziale XVII SIWZ nie uwzględnia wymogu uzyskania zgody Ministra Skarbu Państwa na dokonanie przedmiotowej czynności prawnej (wydzierżawienie pomieszczeń) zgodnie z przepisami ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz. U. Nr 106, poz. 493, ze zm.). Ze względu na wartość wydzierżawianych aktywów trwałych, wystąpienie przez SCM w Polanicy Zdroju ma charakter obligatoryjny. Sama zgoda Ministra Skarbu Państwa warunkuje ważność dokonywanej przez państwową osobę prawną rozporządzającej czynności prawnej (art. 5a ust. 2 powołanej ustawy).

Jednocześnie Ministerstwo uznało, iż wobec wyznaczonego terminu składania ofert do dnia 20 grudnia 2010 r. możliwa jest wskazana korekta postanowień SIWZ, gdyż tego rodzaju modyfikacja SIWZ nie powodowałaby po stronie wykonawców konieczności wprowadzenia zmian do przygotowywanych ofert.

Bezsporną okoliczność stanowiło, iż odwołujący nie dokonał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed terminem składania ofert, żadnych zmian postulowanych w piśmie Ministerstwa Zdrowia.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do postanowień art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień

publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Prawdą jest, jak utrzymywał odwołujący, że ustawodawca w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp określa zamknięty katalog okoliczności, w których umowa podlega unieważnieniu, co nie oznacza, że w niniejszym stanie faktycznym, żadna z tam opisanych okoliczności nie mogła stanowić podstawy podjętej czynności. Należało również zważyć, iż wymieniony przepis stwarza podstawy do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy w trybie art. 144a ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wprost przywołał przepis art. 5a ust. 1 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz. U. Nr 106, poz. 493 ze zm.), który postanawia, że państwowe osoby prawne są zobowiązane uzyskać zgodę ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na dokonanie czynności prawnej w zakresie rozporządzania składnikami aktywów trwałych w rozumieniu przepisów o rachunkowości, zaliczonymi do wartości niematerialnych i prawnych, rzeczowych aktywów trwałych, w tym oddania tych składników do korzystania innym podmiotom na podstawie umów prawa cywilnego, wywodząc z tego bezwzględny obowiązek uzyskania zgody właściwych organów na zawarcie umowy dzierżawy składników mienia zamawiającego, pod rygorem nieważności czynności prawnej o czym stanowi ust. 2 art. 5a powołanej ustawy.

W przypadku zawarcia umowy dzierżawy mienia bez wymaganej zgody Ministra Skarbu byłaby ona dotknięta nieważnością bezwzględną na podstawie art. 58 § 1 K. c. W takim przypadku nie zachodzą podstawy do żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 146 ust. 1 i art. 144a ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, lecz do stwierdzenia nieważności umowy, na podstawie postanowień art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) w związku z art. 146 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z przepisów art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, że zamawiający jest zobowiązany zawrzeć umowę z wykonawcą z zakresem świadczenia tożsamym ze zobowiązaniem zawartym w ofercie oraz na takich warunkach, jakie przedstawił w istotnych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zamawiający wymagał aby wykonawca zawarł z nim umowę na podanych we wzorze załączonym do SIWZ warunkach. Wybór oferty stwarza dla wykonawcy roszczenie podmiotowe do żądania zawarcia umowy, które może być dochodzone w trybie art. 64 K.c., co potwierdza teza wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2008 r. sygn. akt I A Ca 1050/07: „Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przysługuje roszczenie o zawarcie umowy.” Roszczenie takie, w ocenie Izby, powstaje z upływem terminu na wniesienie odwołania dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty. Okoliczność, iż przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp mówi o zawarciu umowy w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty, nie świadczy o tym, że zamawiającego nie wiąże żaden termin

zawarcia umowy z wykonawcą, którego ofertę wybrał do realizacji zamówienia. Podobnie stanowi art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania, zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający ustalił istotne postanowienia umowy o świadczenie usług żywieniowych oraz umowy dzierżawy mienia, które będzie służyło do wykonywania tych usług, a obydwie umowy są ze sobą nierozzerwalnie związane. W samej treści wymienionych wzorów umów zamawiający nie zastrzegł, iż ich zawarcie wymaga uprzedniej zgody właściwych organów na zawarcie umowy dzierżawy pomieszczeń i udostępnienie wyposażenia stanowiącego majątek trwały. W rozdziale XVII SIWZ zamawiający uprzedził jedynie, iż warunkiem zawarcia umów (na świadczenie usług i dzierżawy) jest uzyskanie zgody organu założycielskiego na rozporządzenie mieniem.

W ocenie Izby, przeprowadzony materiał dowodowy sprawy świadczy, że zachodziły uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania. Wszystkie warunki wymagania i okoliczności, które stanowią istotne dla wykonawców informacje, mające znaczenie dla złożenia oferty, winny zostać z góry podane w postanowieniach ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca nie jest zobowiązany domniemywać, iż istnieją jeszcze inne warunki, o których zamawiający nie powiadomił uczestników przetargu. Podstawą decyzji wykonawcy do zgłoszenia uczestnictwa w przetargu jest bowiem treść ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ.

Przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość przed upływem terminu składania ofert, w uzasadnionych przypadkach dokonać zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powiadomieniem o tym wykonawców, którzy pobrali specyfikację i przez udostępnienie zmian na stronie internetowej. Z uwagi na sam charakter zmian, modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia była, w ocenie Izby możliwa, jednak nie została dokonana przed upływem terminu składania ofert do 20 grudnia 2010 r.

Należało także dostrzec, iż w opinii Departamentu Nadzoru, Kontroli i Skarg Ministerstwa Zdrowia korekty i uzupełnienia wymagał przedstawiony projekt umowy dzierżawy według załącznika 8a do SIWZ w szerszym zakresie niż tylko odnoszącym się do nie uwzględnienia wymogu uzyskania zgody Ministra Skarbu na wydzierżawienie pomieszczeń, zgodnie z przepisami ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz. U. Nr 106, poz. 493, ze zm.). Za wymagające wyjaśnienia i korekty Ministerstwo uznało bowiem: zawarte § 1 ust. 2 projektu umowy odesłanie do załącznika nr 4 SIWZ, postanowienia § 1 ust. 4 projektu, gdzie jest mowa o przekazaniu przedmiotu dzierżawy, postanowienia § 3 ust. 10 projektu umowy, dotyczące regulowania przez dzierżawcę należności, braku określenia w jakim stanie przedmiot dzierżawy winien zostać zwrócony wydzierżawiającemu po zakończeniu umowy. W szczególności zachodziła konieczność

uzupełnienia dokumentów potwierdzających uprawnienie jednostki do dysponowania przedmiotowymi aktywami trwałymi (§ 7a ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Zdrowia), skoro sposób nabycia wyposażenia i urządzeń obiektów dzierżawionych powinien zostać udokumentowany.

W ocenie Izby, uzupełnienie wniosku w zakresie, jakiego żądało Ministerstwo Zdrowia, wymagało dłuższego okresu przygotowania. Niezależnie od faktu, że wniosek o zgodę na wydzierżawienie majątku winien podawać podmiot wyłoniony w przetargu na świadczenie usług żywienia, z którym umowa dzierżawy ma zostać zawarta, z czego wynika, iż może zostać złożony do właściwych organów po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, to nie powinno się zapominać, iż zamawiający zobowiązany jest zawrzeć umowę o zamówienie publiczne w terminie określonym art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, a więc jego wniosek kierowany do właściwych organów o wyrażenie zgody na zawarcie umowy dzierżawy mienia w trybie przepisów zarządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie określenia zasad zakupu lub przyjęcia darowizny aparatury i sprzętu medycznego oraz w sprawie zbycia, wydzierżawienia lub wynajęcia majątku trwałego publicznego zakładu opieki zdrowotnej utworzonego przez Ministra Zdrowia, ze zmianami wprowadzonymi zarządzeniem Ministra Zdrowia z 20 kwietnia 2010 r. winien spełniać wymagania określone w § 7a ust. 1 i ust. 2 wymienionego zarządzenia, w tym przedstawiać opinię Rady Społecznej SCM oraz dokumenty potwierdzające uprawnienie zamawiającego do dysponowania aktywami trwałymi aby uzyskać stosowną zgodę organu założycielskiego, umożliwiającą zawarcie umowy dzierżawy a następnie umowy o świadczenie usług żywienia z wykonawcą wybranym w przetargu w terminach takich, o jakich mówi art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Wniosek kierowany do ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa winien zaś odpowiadać warunkom podanym w art. 5b ust. 1 i ust. 2 powołanej ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa.

Niewątpliwie prawidłowe przygotowanie postępowania oraz jego prowadzenie leży wyłącznie po stronie zamawiającego. Zamawiającego też obciążają skutki zaniedbań w tym zakresie, a w ich następstwie konieczność unieważnienia postępowania. Postępowanie winno być tak przeprowadzone aby po wyborze najkorzystniejszej oferty, bez zwłoki możliwe było zawarcie umowy, która nie byłaby nieważna z mocy prawa ani też nie podlegałaby unieważnieniu.

Izba uznała w oparciu o przeprowadzony materiał dowodowy sprawy, że czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania, w zaistniałych okolicznościach, nie narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który analogicznie może znaleźć zastosowanie również w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą, ze względu na którą zawarta umowa dzierżawy byłaby nieważna z mocy prawa, a w ślad za tym unieważnieniu podlegałaby umowa o zamówienie publiczne - świadczenie usługi żywienia, z uwagi na brak postawienia do dyspozycji wykonawcy

zespołu czynników materialnych, w oparciu o które miałyby być wykonywana.

Wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, w takim przypadku służą roszczenia przewidziane w art. 93 ust. 4 ustawy Pzp, o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje argumentacja odwołującego, że wykonawcy zainteresowani uzyskaniem przedmiotowego zamówienia poznali ceny składnych ofert. W nowym bowiem postępowaniu, które zamawiający będzie zobowiązany przeprowadzić, wykonawcy mogą zaoferować inne ceny, wynikające chociażby z aktualnej kalkulacji cen rynkowych. Unieważnienie postępowania, które mogłoby doprowadzić do zawarcia nieważnej umowy jest powinnością zamawiającego, bez względu na to, że ze względu na zaistniałą sytuację, kontynuuje umowę z odwołującym na dotychczasowych warunkach, które jak oświadczył odwołujący są mniej korzystne, niż zaoferował w unieważnionym przetargu.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie potwierdziło zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....