

**WYROK**

**z dnia 5 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Niedziałek  
Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

**Ośrodek Profilaktyki i Epidemiologii Nowotworów ul. Kazimierza Wielkiego 24/26 61-863 Poznań**

protestu z dnia 9 maja 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Ośrodek Profilaktyki i Epidemiologii Nowotworów ul. Kazimierza Wielkiego 24/26 61-863 Poznań i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Ośrodek Profilaktyki i Epidemiologii Nowotworów ul. Kazimierza Wielkiego 24/26 61-863 Poznań na rzecz TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa.

### **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i montaż stacjonarnego mammografu cyfrowego*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 22 marca 2008 r. pod numerem 2008/S 58-078509.

Otwarcie ofert odbyło się 30 kwietnia 2008 r. W wyznaczonym terminie złożono dwie oferty – Odwołującego z ceną 1.498.000,00 zł oraz Promed S.A. z ceną 1.474.014,49 zł.

7 maja 2008 r. odwołujący dowiedział się o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9 maja 2008 r. Odwołujący wniósł protest na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Promed S.A., zaniechanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia przetargu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Odwołującego, odrzucenie oferty Promed S.A.

W uzasadnieniu swojego protestu Odwołujący stwierdził, iż unieważnienie przetargu przez Zamawiającego jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący „nie został odrzucony”, jak też nie otrzymał pisma informującego o odrzuceniu jego oferty ze wskazaniem przyczyn odrzucenia. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, jego oferta nie podlega odrzuceniu, bowiem spełnia wszystkie warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkuje wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej.

Poza tym Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Promed S.A. pomimo następujących niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia:

1. pkt 34 – regulacja wysokości stolika od 65 – 150 cm, podczas gdy Zamawiający wymagał minimum od 64 – 140 cm,
2. pkt 54 – aktywny format obrazowania dla mniejszego formatu to 19x23 cm, podczas gdy wg aktualnych wymogów NFZ powinno to być min. 24x29 i 18x24 cm, więc oferowane urządzenie nie może być stosowane w programie skryningowym refundowanym przez NFZ,
3. pkt 79 – szyba nie spełnia parametrów dla ekranu ochronnego (0,3 Pb zamiast 0,5 Pb),

4. wykonawca nie posiada wymaganej przez Zamawiającego autoryzacji w zakresie dostaw i serwisu, natomiast Zamawiający nie dopuszczał podwykonawstwa w tym zakresie,
5. Promed S.A. nie przedstawiła opisu i parametrów stacji przeglądowej lekarskiej.

11 maja 2008 r., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 9 maja 2008 r., Odwołujący uzupełnił protest.

W ww. piśmie z 9 maja 2008 r. Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia obu ofert. Zamawiający stwierdził, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, natomiast Odwołujący został uznany za podlegającego wykluczeniu zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie legitymuje się polisą z odpowiednio wysoką sumą gwarancyjną

Natomiast oferta Promed S.A. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności zakresu regulacji stolika cyfrowego opisanego w punkcie 34. oferty.

W uzupełnieniu protestu Odwołujący stwierdza, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego dotyczącym jego wykluczenia. Jakkolwiek w rozdziale 4 ust. 1 pkt c specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymóg udokumentowania przez wykonawców, że znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia poprzez przedstawienie polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną w wysokości 110% proponowanej przez siebie ceny realizacji zamówienia, to w odpowiedzi na pytanie Odwołującego z 29 kwietnia 2008 r. udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający wymagać będzie od Wykonawcy podwyższenia kwoty wymaganej polisy do wysokości co najmniej 110% ceny zamówienia, dopiero w momencie wygrania w/w przetargu.”* Wskutek tego zapisu Odwołujący przedłożył odpowiednią polisę. W związku z tym został spełniony wymóg określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r.

*w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.*

Zamawiający oddalił protest, o czym powiadomił Odwołującego 21 maja 2008 r.

Zamawiający zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, iż oferta Promed S.A. podlega odrzuceniu, jednak zarzut zaniechania jej odrzucenia uznał za niezasadny, ponieważ ofertę tę odrzucił. Informacja o odrzuceniu obu ofert została zawarta w zawiadomieniu z 7 maja 2008 r., tzn. podana jako przyczyna unieważnienia postępowania.

Zdaniem Zamawiającego nie zmienił on specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pytanie Odwołującego z 23 kwietnia 2008 r. nie dotyczyło specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść rozdziału 5 pkt 4 a specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jasna i wynika z niej, iż na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był przedstawić polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności gospodarczej, a w tym również przedmiotu zamówienia, przy czym suma gwarancyjna wynosi co najmniej 110% ceny zamówienia proponowanej przez wykonawcę. Zamawiający pismem z 30 kwietnia 2008 r. sprostował błędną informację z 29 kwietnia 2008 r. Zamawiający nie mógł bowiem się zgodzić z propozycją spełniania warunków udziału w postępowaniu dopiero po ewentualnym wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem złożone przez Odwołującego oświadczenie, iż po dokonaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej suma gwarancyjna zostanie podniesiona jest niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a Odwołujący uzależnił spełnienie warunku udziału w postępowaniu od wyboru jego oferty.

Z powyższych powodów bezzasadny jest też zarzut zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej, do czego nie mogło dojść w powyższych okolicznościach oraz bezpodstawnego unieważnienia postępowania.

Jakkolwiek Zamawiający uchybił wymaganiom związanym z prawidłowym zawiadomieniem wykonawców, ma to wpływ wyłącznie na bieg terminu do zaskarżenia czynności, a nie ich ważność.

Wobec oddalenia protestu 26 maja 2008 r. (wpływ do UZP 27 maja 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i wnosząc o unieważnienie czynności unieważnienia przetargu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Odwołującego, odrzucenie oferty Promed S.A.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, iż Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia ofert, a przez zaniechanie odrzucenia oferty Promed S.A. naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast on sam nie podlega wykluczeniu ani jego oferta odrzuceniu.

Pismo Odwołującego z 23 kwietnia 2008 r. dotyczyło wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a to Zamawiający powinien był dokonać oceny zasadności pytania i udzielić trafnej odpowiedzi.

Natomiast w odpowiedzi na to pytanie Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym modyfikacja ta nie wpłynęła na zmianę warunków udziału w postępowaniu, bowiem warunek pozostał niezmieniony, a zmienił się jedynie termin wylegitymowania się podwyższoną polisą. Odwołujący nie otrzymał też w momencie składania oferty żadnego pisma Zamawiającego zawierającego sprostowanie.

Odwołujący, składając 30 kwietnia 2008 r. ofertę, zastosował się do wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pisma z 29 kwietnia 2008 r., które pozwoliło wszystkim wykonawcom na wylegitymowanie się zwiększoną kwotą gwarantowaną polisy

ubezpieczeniowej po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej – tak więc w momencie składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu. W związku z tym nie można obarczać Odwołującego konsekwencjami działań Zamawiającego, a ewentualne unieważnienie postępowania powinno nastąpić z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

W trakcie rozprawy Odwołujący wycofał zarzut dotyczący nieodrzczenia oferty Promed S.A., ponieważ Zamawiający ofertę tę odrzucił, o czym poinformował Odwołującego pismem z 9 maja 2008 r. W zakresie pozostałych zarzutów skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim skład orzekający Izby stwierdził, iż odpowiedź Zamawiającego z 29 kwietnia 2008 r. była modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonaną z naruszeniem art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ dotyczyła warunku udziału w postępowaniu i prowadziła de facto do możliwości dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie posiadał polisy w wymaganej wysokości 110% ceny oferty.

Co prawda Zamawiający podjął próbę wycofania się ze złożonego oświadczenia, lecz, niezależnie od przyjętej formy korespondencji, nastąpiło to już po otwarciu ofert, więc nie mogło wywrzeć zamierzonego skutku.

Skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający dokonując wykluczenia oraz, z tej przyczyny również odrzucenia oferty Odwołującego, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oceniając zarzut braku złożenia przez Odwołującego dokumentu potwierdzającego spełnienie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu – wykonawca miał posiadać ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarantowaną w wysokości 110% proponowanej przez wykonawcę ceny realizacji zamówienia (rozdział 4 pkt 1 lit c specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – skład orzekający Izby stwierdził, że istotnie złożony przez

wykonawcę wraz z ofertą dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu określonym powyżej. Tym samym wymagany dokument mający potwierdzić spełnianie omawianego warunku udziału nie został złożony. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że w sytuacji, w której wykonawca nie złożył dokumentu lub złożył dokument zawierający błędy ma zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W rozpatrywanej sprawie okoliczność posiadania ubezpieczenia OC na kwotę 500.000 zł nie wyklucza możliwości uzupełnienia ubezpieczenia do wysokości wymaganej specyfikacją ani zawarcia umowy dodatkowej do dnia upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastosowanie tego przepisu do rozpatrywanej sprawy wynika również z treści podstawowej zasady ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców unormowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca, który w ogóle nie przedłożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku podmiotowego korzystałby z prawa do uzupełnienia dokumentu, a wykonawca, który udokumentował w części żądane warunki, prawa do uzupełnienia byłby pozbawiony. Należy przy tym zauważyć, że art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu dokonany ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) „przesądza definitywnie, że dniem doniosłym z punktu widzenia tego, czy warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione, jest dzień wyznaczony przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a nie termin składania ofert” (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. trzecie pod red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2007, s. 142). Wynika to *expressis verbis* z brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych *„oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.”* Ww. przepis nie odnosi się do wybranych



rodzajów tych dokumentów, zatem na zasadzie *lege non distinguere*, dotyczy wszystkich.

Na tej podstawie Zamawiający byłby zobowiązany wezwać Odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu polisy ubezpieczeniowej, wobec czego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych bez możliwości owego uzupełnienia byłoby nieuzasadnione.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdził, iż zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający pismem z 28 kwietnia 2008 r. zamieszczonym na stronie internetowej 29 kwietnia 2008 r., co było bezsporne między Stronami, a następnie wysłanego do Odwołującego listem poleconym 30 kwietnia 2008 r., dokonał modyfikacji warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie drugie: „Zamawiający wymagać będzie od Wykonawcy podwyższenia kwoty wymaganej polisy do wysokości co najmniej 110% ceny zamówienia, dopiero w momencie wygrania w/w przetargu.” Na skutek tej modyfikacji wykonawcy nie byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia na pierwotnie określonej sumie gwarancyjnej. Tym samym Zamawiający odstąpił od oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu określonym w rozdziale 4 pkt 1 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagając jedynie przedłożenia odpowiedniej polisy dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z zasadami oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego są one weryfikowane na etapie badania i oceny ofert, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

W orzecznictwie i piśmiennictwie wielokrotnie podkreślano niedopuszczalność modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków podmiotowych i sposobu ich oceny uznając je za wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, ponieważ wpływa na liczbę zainteresowanych wykonawców i na wynik postępowania, np. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 23 marca 2006 r. sygn. akt IX Ca 182/06 lub

wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 września 2005 r. sygn. akt V Ca 665/05.

Z uwagi na zaniechanie oprotestowania czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład orzekający Izby z urzędu wziął pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania i, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie podlega obowiązkowemu unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym przypadku o nieważności umowy stanowi przesłanka określona w art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie do takiego naruszenia doszło, bowiem w zależności od tego, czy bierze się pod uwagę pierwotne, czy zmienione modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki udziału w postępowaniu, Odwołujący warunki te spełnia lub nie, a więc jego oferta, jedyna w postępowaniu po odrzuceniu oferty Promed S.A., mogłaby być uznana za najkorzystniejszą albo nie – a więc dokonana modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....