

Sygn. akt: KIO 1522/16

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2016r. przez **wykonawcę MKM Trans spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Stanów Zjednoczonych 53/510** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważniania postępowania z dnia 5 sierpnia 2016r., nakazuje dokonanie czynności badania i oceny ofert**
- 2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MKM Trans spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Stanów Zjednoczonych 53/510 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22 od na rzecz wykonawcę MKM Trans spółka z**

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Stanów Zjednoczonych 53/510 kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 1020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usług transportowych – transport pacjentów dializowanych – 13/ZP/2016 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 kwietnia 2016r. za numerem 2016/S 064-110488.

W dniu 5 sierpnia 2016r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 1020 dalej ustawy) w związku z art. 22 ust. 1, art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 2 pkt. 1 ustawy. Zamawiający w uzasadnieniu czynności podał, że nie ma wpływu na to jakie rodzaje działalności gospodarczej wymagają określonych uprawnień zawodowych. Prawny wymóg uzyskania stosownych koncesji, zezwoleń, licencji czy zgód do podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej jest bowiem wyrazem reglamentacyjnej działalności państwa. To jakie zezwolenia są wymagane, zależy od zakresu czynności objętych opisem przedmiotu zamówienia i umową w konkretnym postępowaniu. Zamawiający jedynie w przypadku, gdy odrębne ustawy nakładają obowiązek uzyskania uprawnień do wykonywania danej działalności lub czynności, powinien postawić warunek ich posiadania. Zdaniem zamawiającego postawienie warunku posiadania stosownych uprawnień w sytuacji, w której stosowne przepisy ustawowe nie nakładają takiego obowiązku, należy uznać za niedopuszczalne, Zamawiają stawiając warunek posiadania koncesji w sytuacji, gdy realizacja zamówienia tej koncesji nie wymaga, w sposób niedozwolony ogranicza konkurencję. Zamawiający w takim przypadku powinien unieważnić postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez uznanie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co prawda art. 146 ust. 1 p.z.p. nie zawiera takiej przesłanki unieważnienia umowy, jednakże „przepis art. 93 ust 1 pkt 7 nie odwołuje się jednak wyłącznie do art. 146, a tym samym przesłanki określone w art. 146 ust. 1 nie stanowią wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 – tak wyrok KIO z 19 stycznia 2011 r. (KIO 34/11) oraz wyrok z 19 września 2012 r. (KIO 1900/12). Stosownie zaś do przepisu art. 7 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający podkreślił, że w ramach swobody umów zamawiający ma prawo narzucić postanowienia we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na tak postawionych warunkach. Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania wymagał aby wykonawca zobowiązał się świadczyć usługi w oparciu o zezwolenie na wykonanie krajowego drogowego przewozu osób, wydane przez właściwe

władze województwa łódzkiego, zgodnie z ustawą z dnia 06 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.), a nadto stosowanie postanowień kontraktu zawartego przez zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w Łodzi na rok 2013 (par. 4 wzoru umowy - załącznik nr 5 do SIWZ). Żaden zaś z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie spełnił nałożonego przez Zamawiającego wymagania.

Zamawiający za niewłaściwe uznał określenie warunków udziału w postępowaniu, a także wskazanie w załączniku do SIWZ (wzór umowy) w paragrafie nr 4 - wymogu posiadania przez wykonawców zezwolenia na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydanego przez właściwe władze województwa łódzkiego, co nie wynika z ustawy z dn. 06 września 2001 r. o transporcie drogowym oraz nałożenie obowiązku stosowania przez wykonawców postanowień kontraktu zawartego przez zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w Łodzi na rok 2013, w sytuacji gdy przedmiotowa umowa nie stanowiła załącznika do dokumentów postępowania, tym samym nie została okazana oferentom. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy o transporcie drogowym - organem właściwym w sprawach udzielenia, odmowy udzielenia, zmiany oraz zawieszenia lub cofnięcia zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego jest starosta właściwy dla siedziby, o której mowa w art. 5 lit. a rozporządzenia (WE) nr 1071/2009. Wyjątkiem od tej zasady są kompetencje GITD, który może podejmować czynności w tym zakresie w sytuacji, gdy przedsiębiorca ubiegający się o wydanie licencji wspólnotowej nie wystąpił z wnioskiem o wydanie zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego przez właściwego starostę. Ratio legis przyjętego rozwiązania jest uproszczenie postępowania związanego z wydawaniem licencji wspólnotowych, których udzielenie zgodnie z art. 5a ust. 2 ustawy o transporcie drogowym w każdym przypadku uzależnione jest od posiadania zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego. Właściwość miejscową starostów w sprawach zezwoleń wyznacza położenie siedziby przedsiębiorcy w rozumieniu art. 5 lit. a rozporządzenia 1071/2009. Zamawiający stwierdził, że siedzibą przedsiębiorcy jest miejsce obejmujące lokale, w których przedsiębiorca prowadzi swoją główną działalność, w szczególności dokumenty księgowo, akta dotyczące pracowników, dokumenty zawierające dane na temat czasu prowadzenia pojazdu i odpoczynku oraz wszelkie inne dokumenty, do których dostęp muszą mieć uprawnione organy.

Powyzsze wady, w ocenie zamawiającego bez wątpienia miały wpływ na przedmiotowe postępowanie. Zamawiający określił w taki sposób kryteria udziału w postępowaniu, że żaden z oferentów nie mógł ich spełnić. Tym samym żadna z ofert nie mogła zostać przez zamawiającego wybrana. Nie można było odrzucić żadnej ze złożonych przez wykonawców ofert i zainicjować nowego postępowania przetargowego, ponieważ to zamawiający uchybił przepisom, skoro zażądał dokumentu, który nie został przewidziany w przepisach ustawy o

transporcie drogowym oraz nałożył na wykonawców obowiązki wynikające z umowy z NFZ, czyli dokumentu, którego oni nie podpisywali i na którego treść nie mieli wpływu.

W świetle powyższego zamawiający uznał, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, wykluczającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 16 sierpnia 2016r. wykonawca MKM Trans spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej odwołujący, wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 czerwca 2016r. udzielonego przez prezesa i viceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 sierpnia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1, art. 146 ust. 6, art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez unieważnienie postępowania z powołaniem się na okoliczność obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, w której brak jest podstaw do unieważnienia postępowania;

2. Art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie dokonania czynności badania i oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. uznania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania. Złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert (cena 90%, termin płatności 10%), co oznacza, że będąca przedmiotem odwołania czynność unieważnienia postępowania w sposób bezpośredni pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający już raz unieważnił postępowanie i czynność ta została uchylona wyrokiem KIO z dnia z dnia 6 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1114/16. Izba nakazała zamawiającemu ponowienie procedury przetargowej od powzięcia czynności unieważnienia przetargu wraz z powiadomieniem wykonawców o przyczynach unieważnienia - z podaniem dokładnego uzasadnienia tej czynności - w razie jej podtrzymania. Izba wskazała, że samodzielną i wystarczającą podstawę do uwzględnienia odwołania był brak w informacji o unieważnieniu postępowania wystarczającego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla tej decyzji. W konsekwencji izba stwierdziła: „W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na zaskarżenie merytorycznej czynności zamawiającego,

jeżeli czynność unieważnienia przetargu zostanie przez zamawiającego podtrzymana, zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury, z uwzględnieniem poprawnie zastosowanego art. 93 ust 3 pkt 2 ustawy Pzp - poinformuje wykonawców o podjętej decyzji".

Po raz drugi zamawiający unieważnił postępowanie w dniu 5 sierpnia 2016r. podając uzasadnienie swojej czynności, które jednak w ocenie odwołującego nie stanowi podstawy, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy, którego treść odwołujący powołał. Odwołujący wskazał, że Przepisy ustawy, w art. 146 ust. 1, wymieniają przypadki naruszeń ustawy, których zaistnienie w toku postępowania winno skutkować unieważnieniem umowy zawartej w konsekwencji przeprowadzenia takiego postępowania. Zdaniem odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy przypadki naruszeń tej ustawy, winny być kwalifikowane jako wady, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Jednak zamawiający nie powołał żadnej wady wynikającej z art. 146 ust. 1 ustawy. Nadto odwołujący wyraził pogląd, że unieważnienie przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy możliwe jest wyłącznie z powołaniem się na wady postępowania, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy. Odwołujący domniemywa, że zamawiający opierał fakt stwierdzenia wady na treści art. 146 ust. 6 ustawy, jednak odwołujący stoi na stanowisku, że przepis art. 146 ust. 6 ustawy przyznaje Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wyłączną kompetencję wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis ten wymienia zatem wadę postępowania, która wyłącznie z inicjatywy Prezesa UZP może doprowadzić do unieważnienia umowy.

W opinii odwołującego zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do unieważnienia postępowania z powołaniem się na wadę postępowania o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy. Wada postępowania o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy ma bowiem szczególny charakter i w przeciwieństwie do wad z art. 146 ust. 1 ustawy jest niedookreślona. Pozostawienie zamawiającym swobody w zakresie stosowania tej przesłanki unieważnienia postępowania rodziłoby, w ocenie odwołującego, zbyt duże ryzyko dla podstawowych zasad udzielania zamówień, stąd też wyłącznym organem upoważnionym do zainicjowania procedury z art. 146 ust. 6 ustawy jest Prezes UZP. W konsekwencji odwołujący uznał, że zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy, gdyż nie wykazał istnienia wady określonej w art. 146 ust. 1 ustawy.

Odwołujący na wypadek, gdyby Izba prezentowała odmienny od niego pogląd wskazał, że przywołany stan faktyczny nie pozwala także na uznanie ewentualnej wady za wadę w rozumieniu art. 146 ust. 6 ustawy. Odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji lit.2.1) VI11.1 ogłoszenia (str. 9), zamawiający w sposób jednoznaczny określił, jakiego

dokumentu wymaga od wykonawców w celu wykazania spełnienia przez nich warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy:

- „1.1 aktualne zezwolenie na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydane przez właściwy organ. Ustawa z 6.9.2001 o transporcie drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2088 z późn. zm.)”.

W żadnym punkcie ogłoszenia o zamówieniu nie ma natomiast mowy o dokumencie, którego rzekome żądanie przez zamawiającego skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania tj. zezwolenia na wykonanie krajowego drogowego przewozu osób, wydanego przez właściwe władze województwa łódzkiego, zgodnie z ustawy z dnia 06 września 2001 r. o transporcie drogowym (tj. Dz.U. z 2013 poz. 1414 ze zm.).

Z powyższego wynika, że w oparciu o zasadniczy dokument przetargowy jakim jest ogłoszenie o zamówieniu, oczywistym było dla potencjalnych wykonawców, że warunkiem dopuszczenia do przetargu, a następnie realizacji zamówienia było posiadanie zezwolenie na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydanego przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 o transporcie drogowym, tj. starostę właściwego dla siedziby przedsiębiorcy, co wynika wprost z art. 7 ust. 2 pkt 1 tej ustawy, a nie przez rzekome „właściwe władze województwa łódzkiego”.

Dokładnie ten sam dokument, co wskazany w treści ogłoszenia o zamówieniu, a zatem i odpowiadające mu wymaganie, został wymieniony w siwz. W pkt VII.1.1.1 wskazano:

1. W celu potwierdzenia, że oferowana usługa będąca przedmiotem zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda:

1.1 aktualne zezwolenie na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydane przez właściwy organ. Ustawa z dnia 6 września 2001r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2088 z późn. zm.)

Powyższe, ponownie potwierdza, że dla potencjalnych wykonawców oczywistym było sformułowanie w warunkach postępowania wymogu posiadania zezwolenie na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydanego przez właściwy organ tj. starostę właściwego dla siedziby przedsiębiorcy,, a nie przez „właściwe władze województwa łódzkiego”.

Odwołujący wyjaśniał natomiast, że „dokument” wskazywany przez zamawiającego, jako przyczyna unieważnienia postępowania, pojawił się jedynie we wzorze umowy (załącznik nr 5 do SIWZ). W §4 wskazano:

„Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi stosownie do i na podstawie przepisów ustawy z dn. 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 618), Statutu Szpitala nadanego przez organ założycielski, oraz w oparciu o zezwolenie na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydanego przez właściwe władze

województwa łódzkiego zgodnie z ustawą z dn. 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.)

W oparciu o jednoznaczną treść ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz odwołujący stwierdził, że §4 wzoru umowy, dla każdego potencjalnego wykonawcy, nie był postanowieniem wprowadzającym w błąd. Zapis ten mógł co najwyżej zostać uznany przez wykonawcę za oczywistą omyłkę, analogiczną do tej popełnionej w sekcji V,3 ogłoszenia o zamówieniu, gdzie zamawiający wskazał, że w zakresie nieuregulowanym w umowie znajdują zastosowanie przepisy ustawy o ochronie osób i mienia.

Odwołujący podkreślił, że w §4 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że wymaga zezwolenia na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydanego zgodnie z ustawą o transporcie drogowym. Ustawa ta w sposób jednoznaczny określa organ właściwy do wydania takiego zezwolenia i nie są nim władze województwa łódzkiego. Skoro zatem, w §4 wzoru umowy zamawiający odwołał się do ustawy o transporcie drogowym i wskazał, że wymaga zezwolenia wydanego zgodnie z przepisami tej ustawy, to wskazanie w tym samym przepisie, że wymaga zezwolenia wydanego przez właściwe władze województwa łódzkiego, musiało być kwalifikowane przez wykonawców, co najwyżej jako omyłka zamawiającego, a tym bardziej nie dawało podstaw do przyjęcia, że zamawiający posiadania takiego zezwolenia będzie wymagał, czy to na etapie postępowania, czy też realizacji umowy. Z ostrożności odwołujący wskazał, że w oparciu o §4 wzoru umowy zamawiający nie miałby żadnych podstaw prawnych do domagania się od wykonawców przedstawienia zezwolenia wydanego przez „właściwe władze województwa łódzkiego”.

Odnosząc się do zawartej na stronie nr 3 uzasadnienia unieważnienia postępowania argumentacji przemawiającej zdaniem zamawiającego za przyjęciem, że stwierdzone „naruszenia” miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania odwołujący zwrócił uwagę na stwierdzenie zamawiającego, iż: zamawiający określił w taki sposób kryteria udziału w postępowaniu, że żaden z oferentów nie mógł ich spełnić. Tym samym żadna z ofert nie mogła zostać przez Zamawiającego wybrana”. Odwołujący podniósł, że §4 wzoru umowy w ogóle nie dotyczył kryteriów udziału w postępowaniu. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy) został w sposób jednoznaczny określony w sekcji III.2.1) VIII.1 oraz pkt VII.1.1.1 siwz i w ogóle nie dotyczył on posiadania zezwoleń wydanych przez „właściwe władze województwa łódzkiego”. Nieprawdziwe jest ponadto kolejne stwierdzenie zamawiającego, jakoby żaden z wykonawców nie mógł spełnić kryteriów udziału w postępowaniu (warunków udziału w postępowaniu). Warunki w zakresie posiadania uprawnień, określone jak wskazano powyżej w sekcji III.2.1) VIII.1 oraz pkt VII.1.1.1 SIWZ, zostały spełnione przez wszystkich wykonawców, w tym odwołującego (do oferty załączone zostało stosowne zezwolenie), czego potwierdzeniem jest brak decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania z tej przyczyny. Analogicznie zamawiający

oceniał oferty w postępowaniach prowadzonych w tym przedmiocie w poprzednich latach, gdzie warunki zamówienia, łącznie z §4 wzoru umowy, były tożsame.

Należy przyjąć, że §4 wzoru umowy w ogóle nie określał warunków udziału w postępowaniu, ale wskazywał na wymagany sposób wykonywania zamówienia. Dokonana w sposób prawidłowy wykładnia §4 wzoru umowy określała konieczność świadczenia usług transportowych w zgodności z przepisami ustawy o transporcie drogowym, w tym z poszanowaniem wynikającego z niej obowiązku posiadania zezwolenia właściwego organu w zakresie przewozu osób, a nie posiadania zezwolenia wydanego przez władze województwa łódzkiego.

Odwołujący podejrzewa, że przyczyną dla której zamawiający nie unieważniał wcześniejszych postępowań była okoliczność, w której oferta odwołującego nie była w nich wygrywającą. Brak ww. dokumentu przez dotychczas wygrywającego wykonawcę, mającego siedzibę poza województwem łódzkim, nigdy nie stanowił dla zamawiającego problemu.

Odwołujący stwierdził zatem, że omyłkowa treść §4 wzoru umowy, w świetle faktycznych warunków udziału w postępowaniu, nie miała i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, a zamawiający nie wykazał tej okoliczności.

Odwołujący wskazał, że o kontrakcie zawartym przez Zamawiającego z NFZ na rok 2013 mowa jest wyłącznie w §4 wzoru umowy. O rzekomych obowiązkach wykonawcy, jakie miałyby wynikać z tego kontraktu w szczególności nie ma mowy w opisie przedmiotu zamówienia (pkt II SIWZ).

W §4 wzoru umowy wskazano:

„Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi stosownie do i na podstawie przepisów ustawy [...], a ponadto stosownie do postanowień kontraktu zawartego przez Szpital z Narodowym Funduszem Zdrowia w Łodzi na rok 2013 i postanowień niniejszej umowy”.

Zamawiający stwierdził, że wadą postępowania było żądanie stosowania się przez wykonawców do ww. kontraktu w sytuacji w której:

- umowa ta nie stanowiła załącznika do dokumentów zamówienia;
- wykonawcy nie mieli wpływu na treść tego kontraktu.

Odwołujący podniósł, że dla każdego z wykonawców oczywistym było, że §4 wzoru umowy w części dotyczącej kontraktu z NFZ z 2013 r., jako kontraktu nie obowiązującego i historycznego, nie wywołuje żadnych skutków prawnych i nie pociąga dla nich żadnych obowiązków. O wadliwości kwalifikacji przedmiotowego dokumentu przez zamawiającego przesądza ponadto okoliczność, w której nawet nie próbował on wskazać, które to postanowienia kontraktu z NFZ mogłyby mieć choćby teoretyczne zastosowanie do umowy realizowanej z wykonawcą. Zamawiający nie udowodnił zatem, co ma istotne znaczenie przy zastosowaniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, że treść tego kontraktu mogła mieć dla

wykonawców jakiegokolwiek znaczenie, a tym samym, że brak jej załączenia do siwz, mógł stanowić wadę postępowania.

W rzeczywistości bowiem treść tego kontraktu, nawet, gdyby stanowiła załącznik do SIWZ, w ogóle nie kształtowała obowiązków wykonawcy. Nadto dokument ten jest powszechnie dostępny. Całkowita bezprzedmiotowość kontraktu z NFZ dla potencjalnych wykonawców jest, w ocenie odwołującego, oczywista.

Odwołujący wskazał, że w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego w poprzednich latach były analogiczne postanowienia dotyczące kontraktu z NFZ. Nigdy te postępowania nie były unieważniane, pomimo, że kontrakty z NFZ nie stanowiły załącznika do siwz. Okolicznością potwierdza, że obecnie prezentowane przez zamawiającego przekonanie o wadliwości postępowania z tej przyczyny budzi uzasadnione wątpliwości.

O wybiórczym charakterze argumentacji zamawiającego świadczy ponadto okoliczność, w której §4 wzoru umowy odsyła również do innego dokumentu tj. Statutu Szpitala. Nie jest zrozumiałe dla odwołującego dlaczego brak załączenia tego dokumentu do siwz nie stanowił w opinii zamawiającego wady postępowania, a takową stanowił brak załączenia do siwz kontraktu z NFZ.

W dniu 17 sierpnia 2016r. zamawiający poinformował, że nie zawiadamiał wykonawców o wniesieniu odwołania, gdyż upłynęły terminy związania ofertą dla ofert złożonych w niniejszym postępowaniu za wyjątkiem odwołującego.

W dniu rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 4 ustawy podnosząc, że odwołanie dotyczy tych samych czynności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie sygn. akt KIO 1114/16. Zamawiający podkreślił, że wykonał wyrok zgodnie z jego treścią, a odwołujący złożył ponownie odwołanie na czynność zamawiającego podnosząc te same okoliczności. Zamawiający podkreślił, że norma art. 189 ust. 2 pkt. 4 ustawy stanowi przejaw zasady koncentracji materiału dowodowego. Przez „te same okoliczności” należy zdaniem zamawiającego rozumieć okoliczności prawne i faktyczne, w tym w szczególności zarzuty, podstawy faktyczne zarzutów, oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Na poparcie swego stanowiska zamawiający powołał wyrok Izby z dnia 1 kwietnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 334/09. Zdaniem zamawiającego wykładania przepisu art. 189 ust. 2 pkt. 4 ustawy wskazuje, że aby doszło do ukonstytuowania się obowiązku odrzucenia odwołania, wystarczające jest zaistnienie którejkolwiek ze wskazanych tam trzech okoliczności, niezależnie od faktu czy w sprawie pojawiły się nowe dowody. Zdaniem zamawiającego w niniejszej sprawie zachodzi zbieżność we wnoszonych kolejno, przez tego samego odwołującego w tym samym

postępowaniu środków ochrony prawnej. Odwołujący rozszerzył jedynie argumentację prawną i faktyczną. Nadto zamawiający podniósł, że dopuszczalne jest kwestionowania ponawianych czynności zamawiającego jedynie w sytuacji, gdy odwołanie dotyczy okoliczności zaistniałe w związku z powtarzaniem czynności w postępowaniu np. dopuszczenie się nowego naruszenia, albo wykonawcy otworzył się interes w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający podniósł, że zachodzi także przesłanka odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy, gdyż zamawiający wykonał czynność unieważnienia zgodnie z wyrokiem Izby. W tym zakresie podkreślił, że wyrok Izby korzysta z powagi rzeczy osądzonej, a materiał dowodowy i stanowiska stron w poprzednim postępowaniu odwoławczym były podstawą wydania przez Izbę wyroku, a zatem nie stanowią żadnych nowych okoliczności. Odnosząc się z ostrożności procesowej do merytorycznej treści odwołania zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Wskazał, że zbadaniu profesjonalizmu podmiotu rynkowego służy m.in. instytucja warunków udziału w postępowaniu oraz konieczności dokonywania ich opisu. Narzędzia te mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia lub takiego wobec którego istnieje obiektywnie uzasadniona ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Zamawiający przedstawił szczegółowe wywody jak należy prawidłowo konstruować warunek w zakresie posiadania określonych uprawnień, wskazując w tym zakresie na orzecznictwo – wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2015r. sygn. akt KIO 2658/14 i stanowisko doktryny A.Waligórski Koncesje zezwolenia i licencje w polskim administracyjnym prawie gospodarczym Poznań 2012. Zamawiający ponowił stanowisko, że niedopuszczalne jest żądanie uprawnień, gdy nie wymagają tego przepisy prawa, taka wada jest wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Zamawiający wskazał, że on jest zwolennikiem poglądu, że art. 146 ust. 6 ustawy może być stosowany przez zamawiających jako przesłanka unieważnienia. Na poparcie tego stanowiska podał wyrok KIO z 19 stycznia 2011r. sygn. akt KIO 34/11 i wyrok KIO z dnia 19 września 2012r. sygn. akt KIO 1900/12. W pozostałym zakresie zamawiający ponowił i podtrzymał argumentację faktyczną i prawną zawartą w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z postanowień SIWZ z załącznikami, z protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, pisma G.C. z dnia 17 maja 2016r., z zawiadomienia o unieważnieniu przetargu z dnia 14 czerwca 2016r i z dnia 5 sierpnia 2016r. ogłoszenie 2013/S 047-076237 oraz stronę tytułową oferty Grzegorz Trans i arkusz cenowy do tej oferty oraz wzór umowy nr 9/ZP/2013

Z rozdziału II siwz OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA z pkt. 1 wynika, że przedmiotem zamówienia USK nr 1 im N. Barlickiego w Łodzi, Gm. M. Łódź, pow. M. Łódzki, województwo łódzkie są usługi transportowe - transport pacjentów dializowanych na terenie całego kraju, stosownie do miejsca zamieszkania pacjenta od poniedziałku do soboty, oraz według potrzeb - również w niedziele - załącznik 1A do specyfikacji stanowiącym jednocześnie formularz ofertowy.

W pkt. 6 zamawiający określił szczególne wymagania zamawiającego tj.:

6.1 Transport chorych musi spełniać wymogi transportu sanitarnego, a w szczególności wymagane jest:

a. Przewidziane prawem oznakowanie pojazdu wskazujące na przewóz chorych,(...)

W rozdziale III siwz zamawiający wskazał, że zamówienie będzie realizowane w okresie 48 miesięcy od zawarcia umowy przetargowej.

W rozdziale IV. siwz zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

1. W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy:

1.1. Posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,

1.2. Posiadają wiedzę i doświadczenie: (...)

1.3. Dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

1.4. Spełniają warunki co do sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W rozdziale V. siwz zamawiający dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

1. Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów opisanych w rozdziale VI siwz. Wykonawca musi spełnić wymagania określone przez zamawiającego w niniejszej siwz i wymagania wynikające z przepisów ustawy PZP. Niespełnienie wymagań powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. (...)

4. Zamawiający dokona oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu na podstawie załączonych dokumentów i oświadczeń, zgodnie z formułą spełnia - nie spełnia. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, że ww. warunki wykonawca spełnił.

W rozdziale VI siwz zamawiający określił wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

1. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu do oferty należy załączyć:

1.1. Oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu wymogów określonych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP (Załącznik Nr 2) (.....)

Natomiast w rozdziale VII siwz zamawiający zawarł wykaz innych oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą, zgodnie z którym

1. W celu potwierdzenia, że oferowana usługa będąca przedmiotem zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda:

1.1 aktualne zezwolenie na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydane przez właściwy organ. Ustawa z dnia 6 września 2001r. O transporcie drogowym (Dz. U. Z 2004 r. Nr 204, poz. 2088 z późn. Zm.)

Wymóg ww. Został również podany w sekcji III punkt VII ogłoszenia o zamówieniu

W rozdziale XIV siwz zamawiający jako kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej określił

CENA - 90 pkt

TERMIN PŁATNOŚCI -10 pkt

W rozdziale XVI siwz znalazło się wskazanie co do wzoru przyszłej umowy

Umowa, która będzie podpisana w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, będzie zawierała wszystkie zapisy podane we wzorze umowy stanowiącej Załącznik Nr 5 do SIWZ.

Załącznik nr 1B - arkusz cenowy oferty zawierał pkt. 2 zgodnie z którym

Pkt 2. Akceptujemy w całości i bez zastrzeżeń obowiązujący wzór umowy zamieszczony w załączniku nr 5 do specyfikacji - w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy w taki kształcie.

Natomiast załącznik nr 5 - wzór umowy zawierał następujące postanowienia:

§ 1

1.Przedmiotem niniejszej umowy jest świadczenie usług transportowych w zakresie przewozu niepełnosprawnych pacjentów Szpitala, wymagających przeprowadzenia dializ w ilościach i cenach wyszczególnionych w załączniku nr 1A, stanowiącym integralną część niniejszej umowy, za łączną kwotę Złotych (słownie), zgodnie z ofertą przetargową złożoną w przetargu nieograniczonym nr 13/ZP/2016.

§ 3

Wykonawca będzie zobowiązany do poddania się kontroli NFZ zgodnie z warunkami konkursu ofert na rok, jeżeli NFZ zechce taką kontrolę przeprowadzić

§ 4

Wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługi stosownie do i na podstawie przepisów ustawy z dn. 15.04.2011 r. O działalności leczniczej (tekst jednolity Dz. U. Z 2015 r., poz. 618), Statutu Szpitala nadanego przez organ założycielski, oraz w oparciu o zezwolenie na

wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydanego przez właściwe władze województwa łódzkiego, zgodnie z ustawą z dn. 6 września 2001 r. O transporcie drogowym (tekst jednolity Dz. U. Z 2013 r., poz. 1414 ze zm.), a ponadto stosownie do postanowień kontraktu zawartego przez Szpital z Narodowym Funduszem Zdrowia w Łodzi na rok 2013 i postanowień niniejszej umowy.

W § 11 zamawiający opisał dopuszczalność istotnych zmian umowy wskazując

1. Umowa może ulec zmianie w szczególności w zakresie zapisów obejmujących: podmioty odpowiedzialne za wykonanie przedmiotu zamówienia, podwykonawców, terminu realizacji, zakres realizacji prac objętych umową (przedmiotu umowy).

2. Zmiany umowy, o których mowa w ust. 1 dopuszczalne są jedynie w przypadku:

a) działania siły wyższej (za siłę wyższą nie uznaje się np. warunków atmosferycznych adekwatnych do strefy klimatycznej miejsca inwestycji, strajków, zmiany cen surowców i materiałów, itp.),

b) zmian po zawarciu umowy przepisów prawa lub wprowadzenia nowych przepisów prawa lub zmiany lub wprowadzenia nowej bezwzględnie obowiązującej normy powodującej konieczność zmiany, modyfikacji lub odstąpienia w odniesieniu do wynagrodzenia, do przedmiotu zamówienia lub terminu zakończenia przedmiotu realizacji zamówienia,

c) zmian organizacyjnych polegających w szczególności na zmianie podwykonawców, grup wykonawców i innych podmiotów współpracujących przy realizacji zamówienia pod warunkiem, że ich uprawnienia, potencjał ekonomiczny, wykonawczy i doświadczenie nie są gorsze od tych, jakie posiadają podmioty zamieniane,

d) wyłączenia części lub całości obiektu z użytkowania dla wykonania remontu bądź modernizacji budowlanej,

e) zmiany przeznaczenia funkcji obiektów lub terenów zewnętrznych,

f) zmiany powierzchni obiektów z powodu zbycia, utraty posiadania a także przejścia nieruchomości w inny zarząd,

g) wydania decyzji administracyjnych lub innych aktów władzy (decyzja władz publicznych, w tym oczekiwanie na nieprzewidziane wcześniej konieczne wyniki ekspertyz, wyrok sądu itp.) jeśli ich wydanie nastąpiło na skutek okoliczności niezależnych od Wykonawcy,

h) gdy konieczność zmiany jest spowodowana wystąpieniem niezależnych od stron okoliczności, których nie można było przy dołożeniu należytej staranności przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a które uniemożliwiają prawidłową realizację przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami.

3. Wystąpienie którejkolwiek z wymienionych w ust. 2 okoliczności nie stanowi bezwzględnego zobowiązania Zamawiającego do dokonania takich zmian, ani nie może stanowić podstawy roszczeń Wykonawcy do ich dokonania.

4. Ewentualna zmiana umowy nastąpi z uwzględnieniem wpływu, jaki wywiera wystąpienie okoliczności uzasadniającej modyfikację na dotychczasowy kształt zobowiązania umownego.

W § 15 zamawiający opisał sposób dokonywania zmian umowy:

1. Każdorazowa zmiana postanowień umowy wymaga formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.

2. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy oraz wprowadzania nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla Zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba, że konieczność wprowadzania takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

3. W sprawach nie uregulowanych w umowie zastosowanie mają przepisy ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r., Nr 2164), ustawy o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221) oraz Kodeksu cywilnego.

Oferty w postępowaniu złożyli wykonawcy:

1) GREGOR-TRANS G.C., ul. Mickiewicza 9a, S3-20G Starogard Gdański; cena 3 805 342,68 zł, termin płatności 60 dni

2) Kolumna Transportu Sanitarnego "TRIOMED" Sp. Z o.o., ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin; cena 3 723 768,00 zł; termin płatności 60 dni

3) LUXURY MEDICAL CARE Sp. Z o.o., Sp. K., ul. Słomińskiego 17/47, 00-195 Warszawa; 3 724 968,00 zł; termin płatności 60 dni

4) MKM TRANS Sp. Z o.o., AL Stanów Zjednoczonych 53 lok. 510, 04-028 Warszawa; cena 3 536 058,24; termin płatności 60 dni.

Wykonawcy w dokumentach oferty przedstawili licencje na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób - wydane przez organy właściwe dla siedziby firm, za wyjątkiem wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego "TRIOMED" Sp. z o.o.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania przetargowego z dnia 14 czerwca 2016 r. Podaje: „Dotyczy: przetargu nieograniczonego 13/2P/2016 na zakup usług transportowych pacjentów dializowanych”. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr i im. N. Barlickiego UM w Łodzi, działając w trybie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy z dn. 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Z 2015 r., poz. 2164) uprzejmie zawiadamia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usług transportowych - transport pacjentów dializowanych. Uzasadnienie: Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób odbiegający od uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a także wskazał w załączniku do SIWZ (wzór umowy) w paragrafie nr 4 - wymogu posiadania przez Wykonawców zezwolenia na wykonywanie krajowego drogowego przewozu osób wydanego przez właściwe władze województwa łódzkiego, co nie wynika wprost z ustawy z dn. 6 września 2001 r. O transporcie drogowym (tekst jednolity Dz. U. Z 2013 r., poz. 1414 ze zm.), a ponadto nałożył obowiązek stosowania przez Wykonawców postanowień kontraktu zawartego przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w Łodzi na rok 2013 - w związku z powyższym Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust 7 ustawy PZP.”

W dniu 6 lipca 2016r. w sprawie sygn. akt KIO 1114/16 Izba orzekła, że uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 Im. Norberta Barlickiego, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź ponowienie procedury przetargowej od powzięcia czynności unieważnienia przetargu wraz z powiadomieniem wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.04.2016 r. pod nr 2016/S 064-110488 - z podaniem dokładnego uzasadnienia tej czynności - w razie jej podtrzymania.

W uzasadnieniu wprost Izba wskazała, że wobec lakonicznego uzasadnienia czynności unieważnienia nie wyczerpującego wymogu prawnego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności Izba nie mogła zająć stanowiska, że zachodzą podstawy do unieważnienia przetargu, ani tego ówczesnym wyrokiem nie przesądziła. Wyrok miał ten skutek, że zamawiający był zobowiązany powtórzyć swoje działania, od powzięcia czynności o unieważnieniu postępowania.

Czynność unieważnienia postępowania z dnia 5 sierpnia 2016r. została szczegółowo opisana w rysie historycznym uzasadnienia.

Pismo G.C. z dnia 17 maja 2016r. stanowi wyraz stanowiska jednego z wykonawców, co do możliwości ograniczenia zakresu wykonawców mogących realizować zamówienie do tych z województwa łódzkiego oraz możliwości zaistnienia trudności z kalkulowaniem ceny ofertowej w związku z brakiem załączenia kontraktu z NFZ za 2013 do siwz. W ocenie Izby ten dowód nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż stanowi jedynie prezentację stanowiska jednego z wykonawców, która podlega ocenie prawnej przez Izbę. Nadto Izba ustaliła, że na stronie nfz.gov.pl jest zawarty informator o umowach i możliwe jest ustalenie w nim wszystkich kontraktów zawartych przez daną placówkę medyczną w danym roku i pozyskanie postanowień tych kontraktów.

Z ogłoszenia 2013/S 047-076237 oraz strony tytułowej oferty Grzegorz Trans i arkusza cenowego do tej oferty oraz wzór umowy nr 9/ZP/2013, wynika, że postanowienia tak warunków udziału w postępowaniu jak i postanowień umowy, oraz oświadczeń składanych przez wykonawców były tożsame z postanowieniami w niniejszym postępowaniu.

Izba ustaliła ponadto, że przepis art. 7 ust. 2 ustawy w zakresie krajowego transportu drogowego od wejście w życie do dnia dzisiejszego poddawał udzielenia, odmowy udzielenia, zmiany oraz zawieszenia lub cofnięcia zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego pod decyzję starosty właściwy dla siedziby przedsiębiorcy (z wyjątkami nie dotyczącymi badanego stanu faktycznego). W badanym okresie również nie było przekazania tej kompetencji właściwym władzom wojewódzkim czy to szczebla samorządowego czy rządowego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania. Należy rację przyznać odwołującemu, że brak jest tożsamyh okoliczności, które były przedmiotem rozpoznania przed Izbą w sprawie KIO 1114/16 i w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę było naruszenie art. 93 ust 3 pkt 2 gdyż Izba stwierdziła brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Jednocześnie wyraźnie stwierdzając, że brak jest możliwości rozpoznania zarzutu naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7, która to podstawa prawna legła u podstaw obecnego odwołania. Tym samym nie można uznać aby okoliczności rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie były tożsame. Stąd nie można zastosować art. 189 ust 2 pkt. 4. Izba nie narzuciła także zamawiającego konkretnego sposobu postępowania po unieważnieniu unieważnienia postępowania, wskazała jednak, że zamawiający jeśli zdecyduje się na ponowne unieważnienie postępowania ma podać uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby to, że zamawiający przedstawił w swojej ocenie takie uzasadnienie na rozprawie w sprawie sygn. akt KIO 1114/16 nie zwalniało go z obowiązku dokonania tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jak słusznie zauważyła Izba, Izba nie ma możliwości zastępowania zamawiającego w nałożonych na niego ustawowo czynnościach. Izba stwierdzając braki uzasadnienia powodujące brak uzasadnienia faktycznego i prawnego musiała zatem uznać, że dopóki zamawiający tej czynności nie wykona w taki sposób, aby wykonawcy wiedzieli, co jest rzeczywistą podstawą unieważnienia, nie mogą nakazać lub zakazać zamawiającemu ponownego unieważnienia postępowania czy dokonania zaniechanego badania i oceny ofert. Tym samym zamawiający miał swobodę w dokonaniu tego wyboru, jednakże właśnie ta swoboda powodowała, że podjęty przez zamawiającego wybór skutkował możliwością oceny go pod względem zgodności z prawem, tym samym w ocenie Izby nie nastąpiła tu powaga rzeczy osądzonej i

nie można były uznać, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, co stanowi materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1, art. 146 ust. 6, art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez unieważnienie postępowania z powołaniem się na okoliczność obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, w której brak jest podstaw do unieważnienia postępowania

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Zgodnie z ust. 6 art. 146 Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba przychyliła się wprawdzie do poglądu zamawiającego, że zamawiający może skorzystać z przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 wiążąc go jednocześnie z art. 146 ust. 6 ustawy i w tym zakresie w całości popiera i uznaje za własne stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 19 września 2012r. sygn. akt KIO 1900/12. Również Izba w tym składzie uważa, że absurdalnym byłby pogląd nakazujący zamawiającego zawieranie nieważnych umów, tylko dlatego, że wprost ustawodawca nie wyartykułował uprawnień zamawiających w tym zakresie. Odbывałoby się to ze szkodą dla interesu publicznego, gdyż opóźniałoby inwestycje, często strategiczne, przez spory cywilne o ważność umów. W ocenie Izby ustawodawca przewidział w postępowaniach powyżej progów unijnych skuteczną ochronę wykonawców przed nadużywaniem przez zamawiających możliwości wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy przez możliwość wniesienia odwołania na czynność unieważnienia postępowania. Jednakże właśnie z uwagi na tę kontrolę i wymóg wykazania przez zamawiającego, że naruszenia, których się dopuścił mają lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba doszła do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko odwołującego, że warunki udziału w postępowaniu wynikały odpowiednio z sekcji III.2.1 pkt. VII.1.1.1 ogłoszenia o zamówieniu i rozdziału VII pkt. 1.1.1. siwz i były zgodne z wymaganiami ustawy o transporcie drogowym, co nie ograniczało konkurencji w przedmiotowym postępowaniu i pozwalało na złożenie ofert i badanie tych ofert pod kątem tak postawionego warunku. Natomiast § 4 wzoru umowy dotyczył etapu realizacji umowy i wbrew stanowisku zamawiającego nie ustanawiał nowych wymogów wobec wykonawców, gdyż jego treść była wewnętrznie sprzeczna z jednej strony wskazywała na zezwolenie właściwych władz województwa łódzkiego (zamawiający nie wykazał, że w ogóle możliwe jest wydanie przez takie władze zezwolenia w zakresie krajowego transportu drogowego), a z drugiej wskazywała na zgodność z ustawą o transporcie drogowym. W ocenie skoro z jednej strony zamawiający odwoływał się do dokumentu nieistniejącego, a z drugiej do istniejącego zgodnie z ustawą o transporcie drogowym, to w ocenie Izby sam zamawiający dopuścił w par. 11 ust. 2 lit. b wzoru umowy możliwość zmiany umowy w tym zakresie, choć wprost postanowienie to mówi

o nowych przepisach, to jednak odnosi się również do zmian wynikających z przepisów bezwzględnie obowiązujących, a w ocenie Izby przepisy dotyczące obowiązku uzyskiwania koncesji, zezwoleń czy licencji do takich należą. Izba wzięła także pod uwagę, że zamawiający ma prawo zgodnie z art. 144 ustawy do dokonywania zmian nieistotnych postanowień zawartej umowy i w ocenie Izby możliwe było usunięcie tej niedokładności przez usunięcie zmiany nieistotnej po zawarciu umowy tj. przez wykreślenie fragmentu postanowień par. 4 „przez właściwe władze województwa łódzkiego”. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku fragmentu postanowienia par. 4 o treści „a ponadto stosownie do postanowień kontraktu zawartego przez Szpital z Narodowym Funduszem Zdrowia w Łodzi na rok 2013”. Po pierwsze kontrakt ten jest powszechnie dostępny na stronach internetowych NFZ, a więc zapoznanie się z nim nie stanowiło przeszkody dla wykonawców dla oceny i kalkulacji ryzyka w ramach ceny ofertowej. Oczywiście, że to zamawiający powinien być co do zasady źródłem wszelkiej informacji związanej z kalkulacją oferty, jednakże w tym przypadku uchybienie zamawiającego nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Nadto jak słusznie podnosił odwołujący zamawiający nie wskazał na jakiegokolwiek postanowienia tego kontraktu, które kształtowałyby obowiązki wykonawców, a których nałożenie przekładałoby się na cenę ofertową. Zamawiający potwierdził, że kontrakty z NFZ zawierane są na okres roku, tym samym postanowienia kontraktu z NFZ z 2013r. nie mogły wywierać jakiegokolwiek wpływu na sposób kalkulacji ofert, a tym samym na ich porównywalność. Biorąc to pod uwagę Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy z uwagi na niewykazanie, że stwierdzone przez niego naruszenia miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania z dnia 5 sierpnia 2016r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie dokonania czynności badania i oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 91 ust 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec uznania przez Izbę, że zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania, należało uznać, że zamawiający zaniechał czynności badania i oceny złożonych ofert. Biorąc jednak pod uwagę, że czynności badania i oceny ofert nie były przez zamawiającego w ogóle prowadzone i nie można przewidzieć ich wyniku, to stwierdzenie na obecnym etapie postępowania, że zamawiający zaniechał wyboru oferty najkorzystniejszej jest przedwczesne.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika do wysokości udowodnionej złożonym rachunkiem.

Przewodniczący: