

**WYROK**  
**z dnia 10 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2010 r. przez **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** odwołania, dotyczącego prowadzonego przez zamawiającego **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi, 90-531 Łódź, ul. Wólczańska 191/195** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi, 90-531 Łódź, ul. Wólczańska 191/195 i nakazuje**
  - a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**,
  - b) zasądza od **Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. Pirogowa w Łodzi, 90-531 Łódź, ul. Wólczańska 191/195** na rzecz **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** koszty w wysokości 18.600 zł 00 gr. (słownie:

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesione w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

3. Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup nowoczesnego tomografu komputerowego wraz z niezbędnym wyposażeniem – I etap budowy Centrum Teleradiologii przy WSSZ im. M. Pirogowa w Łodzi* (znak postępowania: ZP/33/2010), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 140-215486, w dniu 29 października 2010 r. wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 29 października 2010 r. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy. Informację o unieważnieniu postępowania zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 19 października 2010 r.

W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazała na wadę prowadzonego postępowania wynikającą z braku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu bezwzględnie wymaganych zapisów dotyczących dokumentów, które miały być złożone przez wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu, co uniemożliwiało sprawdzenie spełnienia postawionych wymagań przez potencjalnych wykonawców. W ocenie odwołującego, zamawiający sformułował w siwz poprawne warunki udziału w postępowaniu, jak również właściwie określił wymagane dokumenty, a zgodnie z art. 36 ust. 1 to dopiero siwz ma zawierać informację dotyczącą wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Brak jest analogicznego wymagania, dla zakresu informacji podawanych w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zatem, w ocenie odwołującego nie wskazanie w treści ogłoszenia nie wymaganych przepisem art. 41 dokumentów, nie mogło stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Zdaniem odwołującego, nawet przyjęcie, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, nie wypełniałoby przesłanki do unieważnienia postępowania i nie miałyby ono bezpośredniego wpływu na wynik prowadzonego postępowania, w którym wszyscy wykonawcy załączyli dokumenty nie wskazane w ogłoszeniu. Odwołujący wskazał na postępowanie odwoławcze, przy rozpoznawaniu którego zamawiający nie powoływał się na argumentację mającą wykazywać wadę prowadzonego postępowania, a powoływanie się na przesłankę unieważnienia postępowania po złożeniu ofert, wskazywać może na dążenie zamawiającego do nie udzielenia zamówienia wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności oceny złożonych ofert i uznanie, w świetle przyjętych kryteriów oceny, oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

W dniu 2 listopada 2010 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego TMS Sp. z o.o.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, Izba oddaliła opozycję wniesioną przez odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy TMS Sp. z o.o. Opozycja opierała się na zaprzeczeniu naruszenia interesu wykonawcy, który wymagałby ochrony. Izba uznała, w oparciu o brzmienie art. 185 ust. 2, iż wypełniona została przesłanka dla zgłoszenia przystąpienia - posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje. Skoro przepis nie zawęża pojęcia interesu, czy to do interesu prawnego, czy też do interesu w uzyskaniu zamówienia, to należy go interpretować w sposób szeroki, a więc również jako interes faktyczny, w tym również w żądaniu unieważnienia postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę doznania lub możliwości doznania przez odwołującego uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określonej w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy w okolicznościach faktycznych sprawy wypełniona została przesłanka do unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PrZamPubl.

Zamawiający w piśmie z dnia 19 października 2010 r. wskazał na podstawie unieważnienia postępowania określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, wynikającą z braków w treści ogłoszenia o zamówieniu przekazanego do publikacji w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej. W uzasadnieniu, zamawiający podał, iż nie zamieścił w ogłoszeniu bezwzględnie wymaganych zapisów dotyczących dokumentów, które miały być złożone przez wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie zamawiającego, naruszenie to mogło mieć bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż jego skutkiem była niemożność sprawdzenia postawionych wymagań przez potencjalnych wykonawców na podstawie treści przesłanego Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie treści ogłoszenia opublikowanego w dniu 22 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 140-215486, Izba potwierdziła, iż zawierało ono informację o warunkach udziału w postępowaniu oraz sposobie opisu dokonywania oceny spełniania warunków dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej (sekcja III.2.2) oraz zdolności technicznej (sekcja III.2.3). Zamawiający nie zamieścił w ogłoszeniu informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie wykonawcy mieli dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i jakie zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale IV pkt II lit. A i B.

Izba uznała, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, iż brak w ogłoszeniu informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie należało złożyć w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, stanowi wadę postępowania prowadzącą do jego unieważnienia. Zgodnie z przywołaną podstawą prawną decyzji zamawiającego wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczności stanowiące o tego rodzaju wadzie postępowania wskazane zostały w art. 146 ust. 1 ustawy i dotyczą naruszenia przesłanek do zastosowania trybu zapytania o cenę, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, zawarcia umowy z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, składania ofert w dynamicznym systemie zakupów oraz udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej. Ustawodawca dodatkowo wskazał w art. 146 ust. 6 ustawy na przesłankę stanowiącą podstawę do unieważnienia umowy, jaką jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Okoliczność, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy zamawiający powoływał dla uzasadnienia twierdzenia o wystąpieniu niemożliwej do

usunięcia wady postępowania, prowadzącej do jego unieważnienia. Jakkolwiek Izba uznała za prawidłowe wnioskowanie zamawiającego o prawnej dopuszczalności unieważnienia postępowania z powołaniem się na naruszającą przepisy czynność lub zaniechanie zamawiającego, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, to jednak ocena stanu faktycznego sprawy nie pozwalała na przyjęcie, iż przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Izba uznała, iż w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy dotyczących publikowania ogłoszeń o zamówieniu. Ocena, czy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenie zawiera wymaganą treść, winna być prowadzona w oparciu o postanowienia art. 41 ustawy. Analiza wskazanego przepisu nie prowadzi do wniosków, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, to jest do przyjęcia, iż w treści ogłoszenia zamawiający zobowiązany jest wskazać informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku ogłoszenia o zamówieniu prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ustawodawca wymaga określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a więc odwołuje się do art. 22 ust. 1, 3 i 4 ustawy. Obecnie w ramach opisu sposobu oceny spełniania warunków, zamawiający zamieszcza informację stanowiącą rozwinięcie warunków, o których mowa w ustępie 1 art. 22, poprzez odniesienie ich proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Obowiązek zamieszczenia między innymi w treści ogłoszenia oświadczeń lub dokumentów wskazany w art. 25 ust. 1 ustawy został rozwinięty w dalszych postanowieniach ustawy dotyczących poszczególnych trybów udzielania zamówień. Dla postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego regulacja ta zawarta została w art. 41 ustawy, stanowiącego przepis szczególny w stosunku do art. 25 ust. 1 ustawy. Inaczej jest w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, w którym zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy, wymagane jest zamieszczenie w ogłoszeniu informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Analiza tych przepisów wskazuje na świadome pominięcie przez ustawodawcę w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym obowiązku zamieszczania informacji o oświadczeniach i dokumentach. W tym trybie postępowania, zamawiający jest zobowiązany dookreślić rodzaj oświadczeń i dokumentów, których złożenia wymaga od wykonawców dopiero w siwz. Tak też uczynił zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o powyższe nie było podstaw do przyjęcia, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy dotyczących zakresu informacji, jakie winny być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, a tym samym nie było zasadne badanie ich wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji, czynność

unieważnienia postępowania nie znajdowała oparcia w przepisie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy i winna być unieważniona przez zamawiającego, a postępowanie rozstrzygnięte.

Izba na marginesie wskazuje, iż sygnalizowana na rozprawie przez zamawiającego dodatkowa okoliczność, mająca uzasadniać twierdzenie o wystąpieniu nieusuwalnej wadzie postępowania, prowadzącej do jego unieważnienia i dotycząca braku wskazania w treści ogłoszenia okoliczność z art. 24, również nie mogła uzasadniać stanowiska zamawiającego. W szczególności, nie była ona powołana przez zamawiającego w piśmie z dnia 19.10.2010 r., jako podstawa decyzji o unieważnieniu postępowania, a po drugie nie mogłaby ona prowadzić do wypełnienia przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Okoliczności wskazane w art. 24 dotyczą ustawowych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których informowaniu zamawiający nie jest zobowiązany w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie i orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759). Na podstawie § 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonych przed zamknięciem rozprawy rachunków), Izba obciążyła zamawiającego.

**Przewodniczący:**

.....