

**Sygn. akt: KIO/1289/10**

**Sygn. akt: KIO/1308/10**

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **30.06.2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (sygn. akt KIO 1289/10),**

**B. Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A, „SK-PROJEKT” Sp. z o.o., „MARKA” Pracownia Architektoniczna Janusz Gąsiorowski Tomasz Kozłowski, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (sygn. akt KIO 1308/10),**

od czynności zamawiającego **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, ul. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin**

przy udziale **Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. ul. Żegańska 16, 04-713 Warszawa i Tehand Sp. z o.o., ul. Herbową 4, 20-551 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 1289/10) po stronie Zamawiającego,

przy udziale **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 1308/10) po stronie Odwołującego,

przy udziale **Konsorcjum firm: Grupa 3J S.A. ul. Żegańska 16, 04-713 Warszawa i Tehand Sp. z o.o., ul. Herbową 4, 20-551 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 1308/10) po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, ul. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A.** koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**
  - B.** koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A, „SK-PROJEKT” Sp. z o.o., „MARKA” Pracownia Architektoniczna Janusz Gąsiorowski Tomasz Kozłowski, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **43 600 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
  - A.** kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześć złotych zero groszy) przez **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, ul. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin** na rzecz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- B.** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej, ul. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin** na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A, „SK-PROJEKT” Sp. z o.o., „MARKA” Pracownia Architektoniczna Janusz Gąsiorowski Tomasz Kozłowski, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na rozbudowę i modernizację Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej jako pełno profilowego ośrodka onkologicznego. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2010 r., pod numerem S/ 63 – 93502.

Odwołujący – Erbud S.A. wniósł w dniu 24 czerwca odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił:

1. zaniechanie podania podstawy faktycznej unieważnienia postępowania, z naruszeniem art. 93 ust. 3 ustawy Pzp,
2. z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł zaniechanie czynności wynikających z normy art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp,
3. czynność unieważnienia postępowania, z naruszeniem dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy.
4. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o niniejsze zamówienie: wykonawca nr 1: Mostostal Warszawa S.A lider Konsorcjum oraz ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A. SK - PROJEKT Sp. z o.o. oraz Janusz Gąsiorowski i Tomasz Kozłowski prowadzący wspólną działalność gospodarczą pod nazwą MARKA Pracowania Architektoniczna Janusz Gąsiorowski, Tomasz Kozłowski; Wykonawca nr 2: Grupa 3J, TEHAND Sp. z o.o., Wykonawca nr 3: STRABAG Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty Wykonawcy nr 1, Wykonawcy nr 2 oraz Wykonawca nr 3, pomimo że ich ofert zawierają błędy w obliczeniu ceny z uwagi na postanowienia art. 5, 7 i 8 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004r. Nr 54 poz. 535 ze zm) oraz poz. 106 załącznika nr 3 do tej ustawy,
2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku

z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty Wykonawcy nr 1 i nr 2 i nr 3, pomimo że jest niezgodna z ustawą i nieważna na postawie odrębnych przepisów,

3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 8 w związku z art. 96 ust. 3 Ustawy, poprzez uniemożliwienie Odwołującemu wglądu dokumentację z postępowania w tym w załączniki do protokołu.

Wskazał, że informację o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych zamawiającemu czynności powziął w dniu 16 czerwca 2010 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonanie ponownego badania i oceny z poszanowaniem art. 87 ust. 1 i 2 i art. 26 ust. 4

Do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania przez Erbud S.A. zgłosiło swoje przystąpienie stronie zamawiającego konsorcjum, którego Liderem jest Grupa 3J S.A. (dnia 28 czerwca 2010 roku) z wnioskiem o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

### **1308/10**

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. (Lider Konsorcjum), Acciona Infraestructuras S.A. oraz SK – Projekt Sp. z o.o. i Janusza Gąsiorowski i Tomasz Kozłowski, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Marka Pracownia Architektoniczna Janusz Gąsiorowski Tomasz Kozłowski, wniósł w dniu 24 czerwca 2010 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności polegających na: bezprawnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, zaniechaniu dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy Pzp - przez bezprawne unieważnienie postępowania, mimo że nie zaistniała żadna z okoliczności, o których mowa w art. 146 ustawy Pzp.
2. art. 7 ust.1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz

2. dokonania zaniechanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

Do postępowania odwoławczego, wywołanego wniesieniem odwołania przez konsorcjum, którego Liderem jest Mostostal Warszawa S.A, zgłosili swoje przystąpienia po stronie odwołującego: Erbud S.A. ( dnia 30 czerwca 2010 roku) oraz konsorcjum, którego Liderem jest Grupa 3J S.A. ( dnia 28 czerwca 2010 roku), wnosząc o uwzględnienie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu a także biorąc pod uwagę zgłoszone do protokołu rozprawy stanowiska stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła, co następuje:**

W dniu 16 czerwca 2010 roku, zamawiający poinformował wykonawców, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o jego unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu decyzji, zamawiający wskazał, że „ośrodek jest jedynym pełnoprofilowanym zakładem opieki zdrowotnej w regionie i niedopuszczalne jest przerwanie jego działalności nawet na najkrótszy okres. Przewidywane przez zamawiającego w trakcie inwestycji przenoszenie poszczególnych oddziałów pomiędzy budynkami nowo powstałymi a istniejącymi, musi przebiegać w sposób zapewniający powyższy wymóg”. Zamawiający podał także, iż „udzielone przez wykonawców odpowiedzi nie przyniosły wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego i skutkowały niemożnością ich usunięcia zgodnie z przepisami ustawy. Powyższa ustawa doprowadziła do stanu, w którym wątpliwości mają charakter nieusuwalny i uniemożliwiają dokonanie Zamawiającemu innej czynności poza unieważnieniem postępowania”.

Izba ustaliła także, że w postępowaniu wpłynęły 4 oferty:

1. oferta konsorcjum, którego Liderem jest Mostostal Warszawa S.A. - z ceną 166 421 439 brutto, stawka VAT 7 i 22 % w wysokości 28 682 439 zł.
2. oferta Strabag - z ceną 205 870 000 brutto, stawka VAT 7 i 22 % w wysokości 36 634 015 zł.
3. oferta Erbud S.A. – z ceną 203 740 000 brutto, stawka VAT 22 % w wysokości 36 740 000 zł,
4. oferta konsorcjum, którego Liderem jest Grupa 3J S.A. – z ceną 186 418 220 zł, stawka VAT 7 i 22 % w wysokości 32 196 048, 29 zł.

Izba zważyła, co następuje:

**Odwołania zasługują na uwzględnienie.**

Z uwagi na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 11 marca 2010, to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) - tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) - tzw. „dużej nowelizacji”, zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji.

Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania a odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpatrując spór, w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniach, Izba stwierdza, że zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu przedmiotowego w oparciu o przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp naruszył przepisy ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem oraz poglądami doktryny, przesłanki unieważnienia postępowania enumeratywnie wymienione w art. 93 ustawy Pzp, jako przesłanki całkowicie niweczące rozpoczętą procedurę o zamówienie publiczne, należy interpretować ściśle (*ad casum*). Przepis art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na który powołuje się zamawiający może mieć zastosowanie jeśli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne a wada musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na ewentualną umowę w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo pomiędzy wadą postępowania a niemożliwością zawarcia ważnej umowy musi zaistnieć adekwatny związek przyczynowy.

Wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 16 czerwca 2010 roku oraz dodatkowo w toku rozprawy, okoliczności dotyczące niejasności czy niezgodności treści ofert z treścią siwz w zakresie niemożliwości zapewnienia nieprzerwanej działalności zakładu opieki zdrowotnej, mogą świadczyć o ewentualnych wadach ofert ale z pewnością nie odnoszą się do wad samego postępowania, które uzasadniałyby konieczność jego unieważnienia na

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podobnie, zastosowanie przez wykonawców, składających oferty w postępowaniu różnych stawek VAT ( 7 i 22 % lub jednolitej 22 %) nie może być przesłanką do unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Izba dla przykładu podaje, że o zaistnieniu wady samego postępowania, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania można mówić w sytuacji, gdy np. zamawiający, mimo takiego obowiązku nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu publicznym w stosownym publikatorze, w postępowaniu doszło do rażącego naruszenia przepisów dotyczących samego postępowania o zamówienie publiczne.

Obowiązkiem zamawiającego jest przeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert, z ewentualnym zastosowaniem wszelkich przewidzianych przez przepisy ustawy procedur związanych z wyjaśnieniem wątpliwości dotyczących treści złożonych ofert, poprawieniem omyłek w złożonych ofertach (art. 87 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) a także wezwaniem do wyjaśnienia, uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp ( art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp). Jeśli w ten sposób przeprowadzone badanie i ocena ofert doprowadzi do konieczności odrzucenia wszystkich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przeprowadzona rozprawa dowiodła w sposób niezbity, że powodami unieważnienia przedmiotowego postępowania nie były powody związane z wadą samego postępowania, zamawiający, nie wykazał, że w postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba pozostawiła bez rozpatrzenia zarzut zgłoszony przez odwołującego Erbud S.A. co do zaniechania odrzucenia ofert pozostałych trzech wykonawców, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny ofert tych wykonawców. Izba podzieliła w tej kwestii stanowisko przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, konsorcjum którego Liderem jest Grupa 3J S.A., iż zarzut zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców jest zarzutem przedwczesnym na tym etapie postępowania. Jak wyżej ustalono, zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i dokonując tej czynności nie przeprowadził badania i oceny ofert. Niezależnie od braku podstaw do unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, zdaniem Izby, zamawiający powołując się na okoliczność z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie ma obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert. Tymczasem termin na wniesienie odwołania na zaniechanie , należy liczyć od upływu terminu do jej dokonania. W zaistniałej sytuacji, gdy zamawiający podjął, jakkolwiek niezasadną, decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie istniał po jego



stronie obowiązków badania i oceny ofert, a zatem nie można zarzucić zamawiającemu zaniechania dokonania czynności, do której nie był przepisami ustawy zobowiązany.

Izba oddaliła zarzut podniesiony przez odwołującego Erbud S.A. dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 8 w związku i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, przez uniemożliwienie odwołującemu wglądu dokumentację postępowania, w tym załączniki do protokołu. W toku rozprawy odwołujący przyznał, że miał wgląd w dokumentację postępowania ale czynność ta nie odbyła się w pierwotnie ustalonym z zamawiającym terminie. Okoliczność ta świadczy o tym, że odwołujący miał możliwość wglądu w dokumentację postępowania, a zatem nie doszło do naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten obliguje do udostępnienia protokołu wraz z załącznikami i ofert, nie wskazując jednocześnie terminu na dokonania tych czynności. W praktyce przyjmuje się, że termin udostępnienia protokołu i ofert winien być uzgodniony z zamawiającym, w taki sposób aby nie zakłócał jego pracy, w terminach i godzinach przez niego wyznaczonych.

Biorąc pod uwagę powyższe, zasadnym jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie dokonania badania i oceny ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Z uwagi na to, że wykazane naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego Erbud S.A. w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

**Przewodniczący:**

.....