

Sygn. akt: KIO/572/11

WYROK
z dnia 28 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 marca 2011 r. przez **ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45,**

przy udziale wykonawcy **Impel Catering Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

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

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lutego 2011 r., nr 2011/S 39-064257.

W dniu 10 marca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pz, tj. z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, iż w dniu 7 marca 2011 r. nie doszło do otwarcia ofert, gdyż nie wpłynęła żadna oferta. Z tej przyczyny, a nadto z powodu złożenia odwołania przez obecnego Odwołującego, podjęto decyzję o przedłużeniu terminu składania ofert bez podania daty. A ponieważ pomiędzy dniem, gdy miały być otwarte oferty, a ogłoszeniem o przedłużeniu terminu składania ofert upłynęły 2 dni niejako ogłoszenie stało się bezskuteczne i straciło moc prawną. Podstawą niniejszego postępowania, które ma charakter niepriorytetowy jest art. 2a i art. 5 ustawy Pzp, a co w konsekwencji nie wymagało stosowania przepisów dotyczących terminów składania ofert, gdyż nie wpłynęła żadna oferta w wyznaczonym terminie, powodując iż niewymagane przepisami przedłużenie terminu należało uznać za niebyłe.

W dniu 17 marca 2011 r. (pismem z dnia 16 marca 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 17 marca 2011 r.) wobec czynności Zamawiającego, jak też zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie przez Zamawiającego wykonania czynności w postępowaniu w zakresie zmian treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wynikających z treści żądań Odwołującego określonych w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 446/11, pomimo, iż Zamawiający skorzystał w poprzednim postępowaniu odwoławczym z uprawnienia określonego w przepisie art. 186 ust. 2 i w piśmie z dnia 9 marca 2011 r. stanowiącym odpowiedź Zamawiającego na poprzednie odwołanie „uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu” oraz wniósł do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej o umorzenie postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 446/11, co przyniosło skutek w postaci umorzenia postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 446/11 bez faktycznego następczego wykonania przez Zamawiającego obowiązków wynikających z uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 446/11;

2. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 182 ust. 5 ustawy Pzp poprzez pozbawienie podstaw faktycznych i prawnych unieważnienie przez Zamawiającego w dniu 10 marca 2011 r. postępowania, pomimo iż nie zachodziła przesłanka określona w tym przepisie, ponieważ niezłożenie ofert przez Wykonawców w pierwotnym terminie do ich złożenia, czyli w dniu 7 marca 2011 r., wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu z dnia 10 marca 2011 r. jako przyczyna unieważnienia Postępowania pozostaje w bezpośrednim związku przyczynowym z uprzednią czynnością Zamawiającego dokonaną na podstawie art. 182 ust. 5 ustawy Pzp w zakresie powiadomienia Wykonawców jeszcze przed upływem pierwotnego terminu składania ofert o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert oraz wskazaniem w piśmie Zamawiającego z dnia 9 marca 2011 r. na dzień 15 marca 2011 r. jako przedłużony termin składania i otwarcia ofert,
3. art. 182 ust. 5 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie złożenia Odwołującemu oferty, pomimo, iż po wniesieniu odwołania wobec treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający w oparciu o przepis przedłużył termin składania ofert z dnia 7 marca 2011 r. do dnia 15 marca 2011 r.,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez celowe unieważnienie i przedłużanie Postępowania, a tym samym przesuwanie przez Zamawiającego terminu składania ofert do czasu, kiedy Odwołujący nie będzie już spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału technicznego w postaci posiadania dodatkowej kuchni w bliskich okolicach Kielc, w wyniku czego po dniu 30 kwietnia 2011 r. Odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu, co stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców,
5. art. 93 ust. 3 oraz art. 5 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w treści faktycznego i prawnego uzasadnienia unieważnienia postępowania, że przepis art. 5 w zakresie regulacji dotyczącej możliwości skracania przez Zamawiających minimalnych terminów ustawowych w postępowaniach, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe może stanowić wystarczające uzasadnienie unieważnienia przedmiotowego Postępowania oraz poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że „nie wymagane przepisami przedłużenie terminu (składania ofert) uznaje się za niebyłe”, co świadczy także o zaniechaniu przez Zamawiającego racjonalnej oceny skutków dokonanej uprzednio przez Zamawiającego czynności

przedłużenia terminu składania ofert i znaczenia treści tej czynności dla działań podejmowanych przez Wykonawców w postępowaniu, w szczególności w zakresie zaniechania złożenia ofert w dniu 7 marca 2011 r.,

6. art. 86 ust. 2 oraz art. 43 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie w wyniku bezprawnego unieważnienia Postępowania złożenia przez Odwołującego oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie 15 marca 2011 r., co naraziło Odwołującego na rzeczywistą szkodę w postaci kosztów związanych z przygotowaniem oferty.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert przed dniem 30 kwietnia 2011 r.,
2. zmianę treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z treścią żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 446/11.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższych żądań umożliwiających Odwołującemu złożenie w Postępowaniu przygotowanej już oferty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy Pzp zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w Postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty w wysokości zgodnej z udokumentowanym spisem kosztów, stanowiącym załącznik do odwołania.

Ponadto Odwołujący wniósł:

1. w przypadku skierowania odwołania do rozpoznania - dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania, wskazanych dla potwierdzenia faktów, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne.
2. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W dniu 21 marca 2011 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił wezwanie skierowane do wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, załączając jednocześnie kopię odwołania

W dniu 22 marca 2011 r. wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

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. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 25 lutego 2011 r. zostało opublikowane ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu, w którym jako termin otwarcia ofert wskazano „7.3.2011-10:00”

W dniu 4 marca 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia, a także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

W dniu 7 marca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawców o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert, jednocześnie informując, iż „o nowych terminach Zamawiający informuje odrębnym pismem”.

W dniu 9 marca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający podał wykonawcom nowe terminy składania i otwarcia ofert, tj. „składanie ofert: 15.03.2011r. godzina 10:00; otwarcie ofert: 15.03.2011r. godzina 10:30”.

W dniu 9 marca 2011 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 10 marca 2011 r. umorzyła postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO/446/11.

W dniu 10 marca 2011 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a także dokonał zmiany treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, wskazując termin otwarcia ofert na dzień „14.3.2011 (10:30)”.

W dniu 11 marca 2011 r. Zamawiający dokonał ponownej zmiany treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, jako termin otwarcia ofert wskazując „15.3.2011 (10:30)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 93 ust. 1 ustawy Pzp zawiera katalog podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak więc w razie zaistnienia jednej z przesłanek określonych w tym artykule istnieje obowiązek unieważnienia postępowania. Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a więc przepis wskazany przez Zamawiającego jako podstawa unieważnienia postępowania, stanowi iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Niewątpliwie w pierwotnie i prawidłowo wskazanym terminie, tj. do dnia 7 marca 2011 r. nie wpłynęła żadna oferta. Gdyby więc przyjąć, iż nie było przedłużenia tego terminu wówczas należałoby stwierdzić, iż istotnie jedynym terminem złożenia ofert był 7 marca 2011r. i na tej podstawie unieważnić postępowania o przedmiotowe zamówienie. Powstaje więc pytanie jak należy

traktować pismo z dnia 7 marca 2011 r., w którym Zamawiający poinformował wykonawców o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert, jednocześnie informując, iż „o nowych terminach Zamawiający informuje odrębnym pismem”. Zdaniem Izby brak wskazania terminu składania i otwarcia ofert w piśmie przedłużającym ten termin jest wadą postępowania. Z pisma z dnia 7 marca 2011 r. wynikało bowiem, iż termin składania i otwarcia ofert został przedłużony na bliżej nie określony czas. Tymczasem zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp przedłużenie terminu składania ofert może nastąpić tylko przed jego upływem. Skoro więc upływ terminu składania ofert miał miejsce w dniu 7 marca 2011 r. Zamawiający powinien był przed jego upływem wskazać nowy termin składania i otwarcia ofert. Brak tej informacji spowodował, iż termin ten w istocie upłynął w dniu 7 marca 2011 r. Obowiązku tego nie wypełnia bowiem przesunięcie terminu bez podania konkretnych dat. Informacja ta kierowana do potencjalnych wykonawców powinna bowiem ściśle określać nowe, tak istotne dla każdego postępowania terminy, terminy składania i otwarcia ofert. A ponieważ w przypadku wniesienia odwołania wobec treści SIWZ Zamawiający może przedłużyć terminy składania i otwarcia ofert pełna i rzetelna informacja powinna być przekazana wszystkim potencjalnym wykonawcom. Przesunięcie terminu uwarunkowane jest bowiem koniecznością zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na przygotowanie oferty, a w niniejszym stanie faktycznym wniesione odwołanie (z dnia 4 marca 2011 r.) dotyczyło modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ. Powinno więc dawać potencjalnym wykonawcom pewność co do możliwości złożenia oferty w przewidywanym terminie, a nie bliżej nieokreślonym terminie. Zamawiający popełnił więc błąd nie określając terminów składania i otwarcia ofert. Czynność ta niewątpliwie wywarła negatywne skutki na przebieg niniejszego postępowania, ale także w stosunku do potencjalnych wykonawców, którzy tak naprawdę nie wiedzieli jaki jest termin składania i otwarcia ofert. Takich błędów co do określenia tych terminów Zamawiający popełnił więcej. Jako termin ten bowiem wskazywał „14.3.2011 (10:30)”, jak i „15.3.2011 (10:30)”. Czynności tych dokonując w sposób zupełnie dowolny i wręcz przypadkowy. W dniu 9 i 11 marca 2011 r. termin ten wskazał na „15.3.2011 (10:30)”, zaś w dniu 10 marca 2011 r. na „14.3.2011 (10:30)”. Izba nie ocenia motywów działania Zamawiającego. Niemniej jednak stwierdza, już na przykładzie tych kilku czynności, że Zamawiający w toku tego konkretnego postępowania dopuścił się szeregu naruszeń ustawy. Dlatego też możliwym byłoby unieważnienie tego postępowania także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wada postępowania, która może być przyczyną unieważnienia umowy musi mieć bowiem charakter nieusuwalny i ta wada, która zaistniała w niniejszym stanie faktycznym, taki charakter ma. Każde naruszenie, niezależnie od etapu, na którym wystąpiło jest bowiem przeszkodą w zawarciu ważnej umowy, jeśli wywarło wpływ na wynik postępowania. W niniejszym stanie faktycznym informacja o przesunięciu terminu składania i otwarcia ofert bez podania konkretnej daty, niewątpliwie wywarła istotny wpływ na

wynik postępowania była bowiem niepełna i niekonkretna. Okolicznością taką było także szereg kolejnych i następujących po sobie zmian tego terminu wzajemnie się wykluczających. Wprowadzało to bowiem wykonawców w błąd co do tego jaki jest faktycznie termin składania i otwarcia ofert.

W tej sytuacji niezależnie od pozostałych okoliczności, powstałych po dniu 7 marca 2011 r., w tym umorzenia postępowania na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r., a tym samym konieczności modyfikacji treści ogłoszenia i treści SIWZ, jedyną możliwą czynnością, której mógł dokonać Zamawiający wobec popełnionych w postępowaniu błędów było unieważnienie postępowania. Podanie dopiero w piśmie z dnia 9 marca 2011 r. terminu składania i otwarcia ofert, zamiast prawidłowo w piśmie z dnia 7 marca 2011 r. nie może sanować pierwotnie dokonanej czynności. Nie było więc możliwe wobec popełnionych przez Zamawiającego błędów dokonywanie modyfikacji treści ogłoszenia i treści SIWZ, gdyż postępowanie to dotknięte jest wadą, która uniemożliwiałaby zawarcie ważnej umowy. Tak więc jedyną prawidłową czynnością było unieważnienie przedmiotowego postępowania. Tym samym zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Niewątpliwym jest, iż niniejsze postępowanie unieważniono, jak już wyżej ustalono, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W postępowaniu tym, w tym w terminie określonym pierwotnie na dzień 7 marca 2011 r., nie wpłynęła żadna oferta. A ponieważ – zgodnie z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp – roszczenie o zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty przysługuje wyłącznie wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu oznacza to, iż Odwołującemu takie roszczenie nie przysługuje. Odwołujący bowiem w tym postępowaniu nie oferty złożył. Na marginesie należy zauważyć, że roszczenie takie powinno być skierowane do Zamawiającego, a w przypadku jego nieuznania do sądu powszechnego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....