

Sygn. akt: KIO 2948/13

WYROK
z dnia 17 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **23 grudnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **BOWA INTERNATIONAL Sp. z o.o., Sp. K.,** Złotkowo, ul. **Obornicka 10, 62-002 Suchy Las** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi Centralny Szpital Weteranów, ul. Żeromskiego 113, 90-549 Łódź**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **BOWA INTERNATIONAL Sp. z o.o., Sp. K., Złotkowo, ul. Obornicka 10, 62-002 Suchy Las**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **BOWA INTERNATIONAL Sp. z o.o., Sp. K., Złotkowo, ul. Obornicka 10, 62-002 Suchy Las**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) 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

Zamawiający **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi Centralny Szpital Weteranów, ul. Żeromskiego 113, 90-549 Łódź** wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Dostawa sprzętu i aparatury medycznej do wyposażenia Centrum Kliniczno-Dydaktycznego, pakiet nr 22, PO/684/ZP/D/2013«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **26.10.2013 r.** pod nrem **2013/S 209-361984.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **16.12.2013 r.** o unieważnieniu postępowania.

Wykonawca **BOWA International Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Złotkowie, ul. Obornicka 10, 62-002 Suchy Las**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **23.12.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.

Argumentacja odwołującego

Po wyborze najkorzystniejszej oferty 02.12.2013 r. wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu wniósł odwołanie (12.02.2013 r., KIO 2854/13). Odwołanie uniemożliwiło podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego w planowanym terminie (13.12.2013 r.). Ponieważ umowa przewidywała termin realizacji umowy na ten sam dzień 13.12.2013 r., a nadto wg informacji przekazanych przez zamawiającego po dniu 13.12.2013 r. niemożliwe było wykorzystanie dotacji przewidzianej

na finansowanie zadania, w dniu 16.12.2013 r. zamawiający, powołując się art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, unieważnił postępowanie.

Stanowisko zamawiającego jest nieuzasadnione. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp unieważnienie postępowania może nastąpić, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zgodnie z brzmieniem przepisu, a także utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok z 13 września 2009 r., KIO/UZP 244/09) przesłanki unieważnienia wymienione w przepisie muszą wystąpić łącznie.

W przedmiotowej sprawie nie spełnione są co najmniej przesłanki w zakresie braku interesu publicznego oraz braku możliwości wcześniejszego przewidzenia zaistniałej sytuacji.

Interes publiczny: Urządzenia medyczne będące przedmiotem zamówienia są niezbędne, aby uruchomić szpital prowadzony przez zamawiającego. Szpital kompletuje sprzęt, aby rozpocząć działalność w zakresie świadczenia usług medycznych. Jest przesądzone, że w bliskim terminie szpital rozpocznie działalność i że do tego czasu będzie musiał być wyposażony w urządzenia, których dotyczyło unieważnione postępowanie. Jest tylko kwestią czasu, kiedy nastąpi zakup sprzętu, stanowiącego bardzo niewielką część (nieosiągającą zapewne nawet promila) wartości całej inwestycji polegającej na uruchomieniu nowego szpitala. Oznacza to, że po unieważnieniu postępowania zamawiający będzie musiał przeprowadzić kolejne w tym samym przedmiocie.

Odwołujący stawia tezę, że w takim stanie rzeczy nie można twierdzić, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Skoro w interesie publicznym leży uruchomienie szpitala, to konsekwencją tego jest konieczność zakupu niezbędnych urządzeń. Tym samym w interesie publicznym leży również doprowadzenie do końca postępowania bezpodstawnie unieważnionego przez zamawiającego oraz wykonania zamówienia. Kwestionując interes publiczny w wykonaniu zamówienia, zamawiający musiałby zakwestionować również celowość powstania szpitala (lub przynajmniej bloku operacyjnego). Zważywszy na stopień zaawansowania inwestycji takie twierdzenie byłoby oczywiście bezpodstawne.

Z unieważnienia postępowania można wnosić, że zamawiający utożsamił interes publiczny z własnym interesem zamawiającego, a nadto dość wąsko rozumianym. W związku z przedłużającym się postępowaniem w sprawie zamówienia publicznego zamawiający będzie zmuszony uzyskać kolejną dotację lub zmienić warunki wydatkowania środków, które były już na ten cel zarezerwowane, lub pozyskać środki z innych źródeł. Jakkolwiek po stronie zamawiającego może wiązać się to z dodatkowymi nakładami

organizacyjnymi i z tego punktu widzenia unieważnienie postępowania mogłoby być dla zamawiającego wygodne, z całą pewnością nie świadczy to o braku interesu publicznego w wykonaniu zamówienia.

Nieprzewidywalność sytuacji: Zamawiający twierdzi (choć nie sformułował tego wprost), że nie można było przewidzieć tego, że procedura przetargowa ulegnie wydłużeniu wskutek złożonego odwołania. W tym zakresie należy wskazać, że termin składania i otwarcia ofert był wyznaczony na 02.12.2013 r.

Tego samego dnia zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 94 Pzp umowa mogła zostać zawarta najwcześniej 13.12.2013 r. i tego samego dnia miała być wykonana (do czego odwołujący był przygotowany, ponieważ urządzenia medyczne były przetransportowane do Łodzi i przygotowane do przekazania zamawiającemu niezwłocznie po podpisaniu umowy). **Wniesienie odwołania przez innego uczestnika postępowania (następnie cofniętego i obliczonego wyłącznie na zablokowanie podpisania umowy) uniemożliwiło realizację zamówienia.**

Zdaniem odwołującego nie można twierdzić, że skorzystanie przez wykonawcę z przewidzianych prawem środków odwoławczych jest okolicznością, której nie można było przewidzieć. Jeżeli zamawiający prowadzi postępowanie w sposób, w którym nie przewidzi żadnego marginesu czasowego na konieczność rozpatrywania odwołań, to znaczy, że przejmuje związane z tym ryzyka.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **20.12.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **20.12.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.12.2013 r. wykonawca ERBE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Marconich 8, 02-954 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy **07.01.2014 r.** (art. 185 ust. 4 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **15.01.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp – przez unieważnienie postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w sekcji II część nr 22 pkt 5 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu wskazał termin realizacji zamówienia cyt. „Termin realizacji zamówienia: do 13.12.2013 r. włącznie”. Podobne postanowienie znajduje się w części III ust. 1 zdanie pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją) cyt. „Zamówienie będzie realizowane w terminie do – **13.12.2013 r. włącznie**”. Ponadto zamawiający zastrzegł w § 10 ust. 1 lit. c zamawiający wskazał, cyt.: Oprócz wypadków wymienionych w Kodeksie Cywilnym, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w całości lub w części bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu w sytuacji [...] niedostarczenia przez Wykonawcę Towaru lub dostarczenia Towaru w sposób uniemożliwiający podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego bez zastrzeżeń – do dnia 13.12.2013 r.” [pisownia oryginalna].

Takie postanowienia ogłoszenia i specyfikacji sprawiały, że termin realizacji zamówienia musiał być bardzo restrykcyjnie przestrzegany przez wykonawców, ale także przez zamawiającego.

W postępowaniu zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i powiadomił o tym 02.12.2013 r. Gdyby żaden wykonawca nie złożył odwołania w terminie 10 dni

przewidzianym na składanie środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający i wykonawca mogliby zawrzeć umowę 13.12.2013 r. i wykonać tę umowę w tym samym dniu. Strony zgodnie przyznają i Izba to uwzględnia, że termin ten był możliwy do dotrzymania przez obie strony. Przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp brzmi: „Odwołanie wnosi się [...] w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [Pzp przypisek Izby]”.

Jednak 12.12.2013 r. inny podmiot wniósł odwołanie, co uniemożliwiło zawarcie i realizację umowy do 13.12.2013 r. włącznie.

W związku z tak kategorycznie określona datą wykonania zamówienia w ogłoszeniu i specyfikacji i niemożliwością zawarcia i realizacji umowy do 13.12.2013 r. włącznie zamawiający unieważnił postępowanie 16.12.2013 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp brzmi: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”.

Na czynność unieważnienia postępowania wniósł odwołanie odwołujący.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający formułując takie postanowienia specyfikacji musiał unieważnić postępowanie po minięciu terminu 13.12.2013 r. bez zawarcia (i wykonania) umowy. W przypadku przedłużenia terminu wykonania umowy zamawiający musiałby spotkać się z zarzutem prowadzenia postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji, gdyż nieznaną liczbą wykonawców mogła po przeczytaniu ogłoszenia i specyfikacji odstąpić od składania oferty wiedząc, że w pierwotnie wymaganym terminie nie jest w stanie zrealizować zamówienia.

Ponadto zmiana terminu wykonania zamówienia wiązałaby się z koniecznością zmiany ogłoszenia i specyfikacji. Jednak – zgodnie z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp – zmiana specyfikacji może nastąpić tylko przed upływem terminu składania ofert. Art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp brzmi: „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. W rozpoznawanym przypadku zmiana specyfikacji w zakresie zmiany terminu wykonania zamówienia musiałaby się jeszcze wiązać z koniecznością zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z art. 38 ust. 4a Pzp.

Dlatego zamawiający biorąc pod uwagę konieczność stosowania się do przepisów, a w szczególności art. 38 ust. 4 Pzp, musiał unieważnić postępowanie powołując się na

dochowanie interesu publicznego i definiując złamanie przepisów i zawarcie umowy jako – w tym przypadku – prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leżące w interesie publicznym.

Ponadto zamawiający prowadził postępowanie w sposób właściwy, co mogło być uwieńczone zawarciem umowy we właściwym czasie, a więc w rzeczywistości zamawiający (a także pozostałe podmioty) nie mogły wcześniej przewidzieć, że wystąpią czynniki uniemożliwiające zawarcie i wykonanie umowy. W rozpoznawanym postępowaniu takim czynnikiem było złożenie środka ochrony prawnej, które uniemożliwiło zawarcie umowy.

Sytuacja byłaby odmienna, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w sposób urągający przepisom, co musiałoby doprowadzić do złożenia odwołania, ale w rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie udowodnił takiego postępowania ani intencji zamawiającego, a wprost przeciwnie zamawiający reagował na sugestie wykonawców, aby nie stwarzać pretekstu do składania odwołań.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że minięcie terminu wyznaczonego na zawarcie umowy i realizację zamówienia jest istotną zmianą okoliczności.

Skład orzekający Izby nie mógł brać pod uwagę pozostałych argumentów odwołującego, a także zamawiającego, gdyż w szczególności dotyczyły innych, przyszłych postępowań, które być może będą miały miejsce, ale nie mają wpływu na rozpoznawane postępowanie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu o udzielenie zamówienia spełniły się przesłanki unieważnienia postępowania zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp i zamawiający musiał unieważnić postępowanie oraz zasadnie to uczynił.

W związku z tym skład orzekający Izby oddala zarzuty odwołującego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....