

Sygn. akt: KIO/UZP 783/08

WYROK
z dnia 13.08.2008

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek**

Protokolant: Agnieszka Albin

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach 12.08.2008 w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdańskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **SP ZOZ Wojewódzki Szpital Zakaźny, 01-201 Warszawa, ul. Wolska 37** protestu z dnia 14.07.2008 r.

orzeka:

1. Unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **SP ZOZ Wojewódzki Szpital Zakaźny, 01-201 Warszawa, ul. Wolska 37**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00gr (słownie: cztery tysiące, sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdańskie 6B,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez **SP ZOZ Wojewódzki Szpital Zakaźny, 01-201 Warszawa, ul. Wolska 37** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdańskie 6B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdańskie 6B.**

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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa, wszczął 19 marca 2008 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dzierżawę sprzętu do diagnostyki molekularnej wraz z dostawą odczynników”. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2008/S 56-075633 w dniu 20 marca 2008 r.

W odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu wniesionego dnia 14 lipca 2008 r., Wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z/s w Warszawie, wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7, art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 1, art. 182 ust. 2 pkt 3 a, a także innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzucił Zamawiającemu beczynność polegającą na braku wykonywania wyroków KIO z dnia 10 czerwca KIO/UZP 509/08 oraz z dnia 20 czerwca 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 540/08 i KIO/UZP 541/08.

Odwołujący wskazał, że wskutek oprotestowania dnia 12 maja 2008 r. czynności wyboru oferty, został wydany wyrok w dniu 10 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 509/08), w którym Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnić czynność wyboru oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Jednocześnie w treści tego orzeczenia stwierdzono: „w związku z tym, że wskazane wyżej zarzuty Odwołującego Roche potwierdziły się, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego Abbott, na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 2 Pzp, żądanie uzupełnień oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest niecelowe. Podobnie bezprzedmiotowe będzie żądanie wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i dlatego Zamawiający może zrezygnować z przeprowadzania tych czynności.” Tak więc, w ocenie Odwołującego, nakazana w sentencji czynność badania i oceny ofert, winna sprowadzić się do odrzucenia oferty firmy Abbott.

Jednak Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, która to czynność również znalazła odzwierciedlenie w wyroku KIO z 20 czerwca 2008 r., a wobec uznania, że została dokonana z naruszeniem prawa, Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Pomimo wydania obydwu wyroków Zamawiający nie podjął żadnej czynności, w związku z czym Odwołujący, z uwagi na fakt braku wykonania powołanych wyroków, wniósł dnia 14 lipca 2008 r. protest. Odwołujący podnosi, że bezprawne jest twierdzenie Zamawiającego, iż wniesienie skarg do Sądu Okręgowego uprawnia do uznania, że dopiero wydanie wyroków przez Sąd jest ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i daje to Zamawiającemu prawo do nie wykonywania wyroków KIO i przedłużania terminów związania ofertą do czasu wydania orzeczeń przez Sąd. Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu ostatecznym rozstrzygnięciem protestu jest data wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą, a przywoływany w rozstrzygnięciu protestu art. 85 ust. 2 ustawy, nie odnosi się do przedmiotowego stanu faktycznego, brak jest bowiem uzasadnienia do skorzystania z tego przepisu, który jest przepisem stanowiącym wyjątek od zasady, iż termin związania ofertą jest ostateczny, a jego przedłużenie może mieć miejsce jedynie w „uzasadnionych przypadkach”. Odwołujący stwierdził, iż niezależnie od wniesienia skargi od wyroków KIO z dnia 10 czerwca 2008 r. i 20 czerwca 2008 r., Zamawiający musi dokonać czynności nakazanych ww. wyrokami. Wskazał również, że orzeczenia KIO charakteryzują się natychmiastową skutecznością podyktowaną potrzebami szybkiej korekty wadliwego postępowania i udzielenia zamówienia, co potwierdzają również wytyczne efektywności i szybkości procedur odwoławczych ustanowionych przepisem art. 1 dyrektywy Rady 89/665 EWG. Odwołujący wskazał nadto, że zawarcie z nim, jako jedynym wykonawcą, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, umowy, nie powoduje niemożności rozpatrywania merytorycznego sprawy przez Sąd. Powołał uchwały Sądu Najwyższego z 14 października 2005 r. sygn. akt III CZP 73/05 oraz z 18 października 2007 r. sygn. akt III CZP 87/07. Powołał ponadto na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, który zapadł w analogicznej sprawie, sygn. akt KIO/UZP 420/08, w którym stwierdzono, że Zamawiający powinien dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i zawrzeć umowę.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany był dokonać czynności zgodnie w wyrokiem Izby, czyli ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Trwająca beczynność Zamawiającego prowadzi do unieważnienia postępowania, dalsze przedłużenie terminu

związania ofertą nie będzie możliwe, a termin rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy jest nieznany i w niektórych sytuacjach, na przykład przy powołaniu biegłego, może być znacząco odległy. Powołał art. 183 ust. 5 ustawy, który nakazuje dokonywać czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wskazał, że beczynność trwająca dwa miesiące, jest nieuzasadniona stwierdzając nadto, że Zamawiający wybrał ofertę podlegającą odrzuceniu, a zatem naruszył art. 91 ust.1 Pzp, co oznacza również naruszenia art.7 i art. 70¹ § 4 Kodeksu Cywilnego.

Odnosząc się do treści pisma Zamawiającego złożonego na rozprawie, w którym zawarte są argumenty wskazujące na konieczność unieważnienia postępowania Odwołujący podniósł, że w toku prowadzonego postępowania zapadły wcześniej dwa wyroki KIO, co oznacza, że w odniesieniu do opisanych okoliczności nastąpił stan *rei iudicatae*, czyli powagi rzeczy osądzonej. Zdaniem Odwołującego nie zachodzą okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania, a rozstrzygnięcie tej kwestii pozostawił do rozpatrzenia składowi orzekającemu Izby. Odwołujący podniósł również, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał jednoznacznie, dlaczego nie wykonuje wyroków KIO i oczekuje orzeczenia Sądu Okręgowego. Postępowanie Zamawiającego wskazuje, że nie zamierza on podjąć nakazanych wyrokami czynności.

Podnosząc zarzuty Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu respektowania wyroków KIO poprzez dokonanie zaniechanych czynności polegających na unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty firmy Abbot Laboratories Poland Sp. z o.o.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W rozstrzygnięciu protestu odnosząc się do zarzutów stwierdził, że czynności żądane przez protestującego Wykonawcę są sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych. W art. 182 ust. 1 ustawy PZP mowa jest bowiem o tym, że „do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zamawiający nie może zawrzeć umowy”. Zamawiający wskazał, że wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2008 r. został zaskarżony przez firmę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i jako taki nie może być wykonany, gdyż nie wydano ostatecznego rozstrzygnięcia, a termin rozprawy Sądu Okręgowego został wyznaczony na dzień 21 sierpnia 2008 r.

Wskazał, iż jako Zamawiający, w dniu 9 lipca 2008 r. wniósł skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2008 r. do Sądu Okręgowego w Warszawie, o czym Protestujący został poinformowany. Zamawiający oczekuje wyznaczenia terminu rozprawy w tej sprawie. Zamawiający stwierdził na rozprawie, że po wniesieniu protestu zwrócił się do Wykonawców, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, o przedłużeniu terminu związania ofertą. W tym stanie faktycznym, w postępowaniu, w dacie wniesienia protestu zostało 22 dni terminu związania ofertą, a po jego przedłużeniu, około 82 dni. Stwierdza, że nie oczekuje na rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego, lecz jest w trakcie oceny ofert i dokumentacji

postępowania. W toku tej oceny stwierdził na obecnym etapie, że postępowanie obarczone jest istotnymi wadami, które wymienił w piśmie złożonym na rozprawie.

Tym samym wskazuje, że nie pozostaje bezczynny. Zamawiający podnosi, że wady postępowania, o których mowa w piśmie złożonym na rozprawie zauważył na tym etapie postępowania i ich ocenę pozostawia składowi orzekającemu. Podnosi przy tym, że nie były one przedmiotem zarzutów, ocen i orzekania Izby, a zatem nie może być mowy o powadze rzeczy osądzonej w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutów protestu i odwołania Zamawiający wskazał, że zarzut naruszenia art. 7 ustawy został podniesiony dopiero w odwołaniu, natomiast zarzut naruszenia art. 70¹ § 4 kodeksu cywilnego podniesiony był wyłącznie w proteście, a nie w odwołaniu. Zamawiający stwierdził, że nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1, gdyż w postępowaniu tym jedynym kryterium wyboru jest cena i Zamawiający dokonał wyboru zgodnie z tym kryterium. Wskazał, iż nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 94 ust. 1, gdyż przepis ten określa ramy czasowe, których Zamawiający nie przekroczył. Przepis nie określa terminu wykonania wyroku Izby, a Zamawiający ma prawo analizować czynności postępowania i badania treści ofert.

W szczególności z przepisów ustawy nie wynika, że Zamawiający miał obowiązek dokonać wyboru oferty do 14 lipca 2008 r. tj. dnia wniesienia protestu. Popołniony błąd w rozstrzygnięciu protestu dotyczył wadliwego oznaczenia terminu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, lecz nie miał znaczenia. Przepis art. 182 ust.2 pkt. 3a nie został naruszony; przepis ten reguluje określony stan faktyczny i prawny w określonych okolicznościach, a zarzut jego naruszenia jest nieuzasadniony.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie podał przepisu ustawy, zgodnie z którym wnosi protest na zaniechanie Zamawiającego tj. czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy (art.180 ust. 1). Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż Odwołujący nie wykazał, jakie przepisy ustawy zostały naruszone w postępowaniu do dnia 14 lipca. Stwierdził, że przepis art. 183 ust. 5 ustawy, powołany na rozprawie przez Odwołującego, nie był podniesiony ani w proteście ani w odwołaniu. Zważywszy na terminy związania ofertą, nie można mówić o naruszeniu przepisu art. 94 ust. 1 i 1a.

W związku z powyższym Zamawiający uznaje zarzuty Odwołującego za bezzasadne.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron wyrażonymi na rozprawie, zważył co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu, gdyż w wyniku ich

uwzględnienia, jego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozpatrując zarzuty Odwołującego w zakresie prawnie dopuszczalnym tj. w granicach określonych przepisem art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy, Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 7 ustawy nie został podniesiony w proteście, a zatem wykracza poza kognicję Izby w tej sprawie. Również zarzut naruszenia art. 183 ust. 5 ustawy, został podniesiony na rozprawie przez Odwołującego, a nie był podniesiony ani w proteście, ani w odwołaniu i nie może być rozpatrzony przez Izbę.

Zarzut naruszenia art. 70¹ § 4 kodeksu cywilnego podniesiony był w proteście, lecz nie został podniesiony w odwołaniu. W ocenie Izby, treść odwołania od rozstrzygnięcia protestu wskazuje, że Odwołujący popiera argumenty i zarzuty protestu, jakkolwiek rzeczywiście wprost nie wskazał On w treści odwołania powołanego przepisu kodeksu cywilnego stanowiącego o obowiązku organizatora przetargu, prowadzenia postępowania zgodnie z postanowieniami ogłoszenia i warunków przetargu. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał jednak naruszenia przez Zamawiającego obowiązujących warunków postępowania ujętych w SIWZ i w ogłoszeniu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wynosi 857.250,52 euro, co w świetle treści art. 182 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oznacza, że ostateczne rozstrzygnięcie protestów wnoszonych w postępowaniu następuje z dniem upływu terminu do wniesienia odwołania, jeżeli nie wniesiono odwołania, a w przypadku wniesienia odwołania – z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W okolicznościach rozpatrywanej sprawy okres związania ofertą ustalony przez Zamawiającego na 60 dni od daty składania ofert przypadającej na dzień 28 kwietnia 2008 r., uległ zawieszeniu, na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy, wskutek wniesienia protestów dnia 12 maja 2008 r., 27 maja 2008 r. oraz protestu z dnia 14 lipca 2008 r.

Uwzględniając okres zawieszenia związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestów tj. wydania wyroku przez KIO dnia 20 czerwca 2008 r. oraz wyroku w sprawie rozpatrywanej w niniejszym postępowaniu, a także fakt przedłużenia terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust 2 ustawy, skład orzekający stwierdza, że w dacie wniesienia protestu dnia 14 lipca br. termin związania ofertą miał upłynąć po 22. dniach, a wobec wskazanej ostatniej czynności, uległ przedłużeniu o ponad 80 dni.

Należy przyznać rację Odwołującemu, że w sprawie oceny okresu związania ofertą i ustalania zajścia okoliczności ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, nie ma prawnego znaczenia fakt wniesienia przez strony postępowania skarg na orzeczenie KIO do sądu okręgowego, którą to okoliczność przyznał również Zamawiający na rozprawie. Stosownie

bowiem do art. 182 ust. 2 pkt 3 b ustawy, jedynie w sprawach, dla dostaw lub usług, w których wartość zamówienia jest równa lub przekracza 10.000.000 euro, upływ terminu do wniesienia skargi do sądu lub dzień wydania orzeczenia kończącego postępowanie przez sąd okręgowy, oznacza ostateczne rozstrzygnięcie protestu.

Tym samym, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w niniejszej sprawie nie było i nie ma prawnej przeszkody wykonania czynności wynikających z powołanych wyżej wyroków KIO z dnia 10 i 20 czerwca 2008 r., jakkolwiek Zamawiający, z uwagi na wniesienie kolejnego protestu z dnia 14 lipca 2008 r. nie mógł, w świetle postanowienia art. 182 ust. 1 ustawy, zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy jednak wskazać, że ustawa nie określa terminu, w którym Zamawiający ma dokonać nakazanych czynności. Mając na uwadze cel postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego, dokonanie czynności oceny ofert i wyboru powinno być dokonane w terminie umożliwiającym zawarcie umowy tj. w terminie związania ofertą wykonawcy. Mając na uwadze stan faktyczny sprawy, KIO uznała, że zwłoka Zamawiającego nie jest zawiniona i nie prowadzi do naruszenia powołanych przez Odwołującego przepisów ustawy, gdyż czynności, których zaniechanie jest zarzucane, mogą być wykonane w terminie związania ofertami, który nie upłynął. Odwołujący nie przedstawił dowodów, iż Zamawiający celowo nie podejmuje czynności zmierzających do wykonania wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, a zwrócenie się do wykonawców, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertami o 60 dni wskazuje, że Zamawiający zamierza rozstrzygnąć przedmiotowe postępowanie. Nieuzasadnione są w tym świetle zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 3, jako że Zamawiający nie uchybił postanowieniom powołanych przepisów. Tym samym skład orzekający stwierdza, że brak jest uzasadnienia faktycznego i prawnego do twierdzenia, że Zamawiający miał obowiązek dokonać wyboru oferty przed dniem 14 lipca 2008 tj. dniem wniesienia protestu.

W związku z powyższym Izba uznaje zarzuty Odwołującego za bezzasadne.

Jednocześnie należy potwierdzić pogląd, że Zamawiający ma prawo analizować przeprowadzone czynności postępowania oraz badanie treści ofert w toku całego postępowania. Wykazane wady postępowania, które przedstawione zostały w piśmie z dnia 12 sierpnia 2008 r., złożonym na rozprawie, stanowią w ocenie Izby istotną okoliczność w sprawie.

W szczególności należy stwierdzić, że Zamawiający nie dokonał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu warunków udziału w postępowaniu oraz nie dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy, określającego minimalną zawartość SIWZ. Stwierdzony brak nie jest możliwy do konwalidacji z uwagi na ustawowy, wynikający z art. 38 ust. 5 ustawy, zakaz modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Kolejnym uchybieniem stwierdzonym

w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest brak żądania od wykonawców, wymaganego przepisami ustawy, ze względu na wartość przedmiotu zamówienia, dokumentu zawierającego aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy. Wskazane uchybienia mające charakter nieusuwalny powodują, że wybór oferty w tym postępowaniu i zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, obarczone będzie sankcją nieważności na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy. Stwierdzając powyższe, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej unieważnił postępowanie z urzędu, na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie drugie, w związku z ustaleniem podstaw unieważnienia wskazanych w zdaniu poprzednim.

Natomiast podniesiona przez Zamawiającego przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z żądania w SIWZ od wykonawców „dokumentu potwierdzającego wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień”, jako dokumentu zbędnego, żądanego w sprzeczności z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, w ocenie składu orzekającego, nie zachodzi, wobec treści cytowanego wymogu, następującej po przecinku.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych obciążając nimi Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*