

Sygn. akt: KIO 1225/16

WYROK
z dnia 19 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 lipca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **08 lipca 2016 r.** przez wykonawcę **Candela Sp. z o.o., ul. Czarnieckiego 72, 01-541 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa 44**

przy udziale wykonawcy **ELEKTA Sp. z o.o., ul. Podpięty 52, 02-732 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Candela Sp. z o.o., ul. Czarnieckiego 72, 01-541 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Candela Sp. z o.o., ul. Czarnieckiego 72, 01-541 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **Candela Sp. z o.o., ul. Czarnieckiego 72, 01-541 Warszawa** na rzecz **Wojskowego Instytut Medycznego, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa 44** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę: „Systemu do radioterapii oraz symulatora 3D do planowania radioterapii w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia - System do radioterapii -1 syst.” Nr sprawy P/114/2016/SZ/WIM/MON - 60/ZP/16, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 077 - 136150 z 20.04.2016 r., przez Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa 44 zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 28.06.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1 - ELEKTA Sp. z o.o., ul. Podpięty 52, 02-732 Warszawa zwana dalej: „ELEKTA Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Candela Sp. z o.o., ul. Czarnieckiego 72, 01-541 Warszawa zwana dalej: „Candela Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 08.07.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Candela Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 28.06.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.07.2016 r. (faxem). Odwołujący złożył odwołanie od:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego,
- 2) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
- 3) zaniechania dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zarzucił Zamawiającemu.

Zarzut nr 1 - Zaniechanie odrzucenia oferty ELEKTA Sp. z o.o. w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp”. Powyższe, jako naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zarzut nr 2 - Dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszych w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia oferty złożonej przez ELEKTA Sp. z o.o. Powyższe, jako naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Zarzut nr 3 - Zaniechanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszych ofert Odwołującego w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia, która jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert spośród ofert złożonych i nie podlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe, jako naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91

ust. 1 Pzp w związku z pozostałymi zarzutami. Wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia oferty Wykonawcy - ELEKTA Sp. z o.o.
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykonanie - zgodnie z Pzp - czynności:
 - a) powtórnego badania i oceny ofert,
 - b) wyboru ofert Odwołującego, jako ofert najkorzystniejszej w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia.

Względem zarzutu 1. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” nie określił i nie narzucił stawki podatku od towarów i usług, jaką należy zastosować przy obliczaniu ceny oferty. W związku tym zastosowanie w ofercie prawidłowej, wynikającej z przepisów prawa stawki podatku VAT należało do wykonawców. Zamawiający ma obowiązek badać poprawność złożonych ofert także pod kątem wysokości stawki podatku VAT. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Stawka podatku VAT jest zaś istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Przyjęcie i naliczenie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT musi być uznane za błąd w obliczeniu ceny, a oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. ELEKTA Sp. z o.o. w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia złożył ofertę, w której w *Arkuszu Obliczenia Ceny* wykazał:

- 1) w poz. 5 pkt 2 - „Komputerowa wycinarka do osłon indywidualnych - Block Cutting System /Compu Cutter” stawkę podatku VAT wynoszącą 8% obowiązującą dla wyrobów medycznych,
- 2) w poz. 5 pkt 3 - Komplet czerwonych centratorów laserowych - Lasery/Apollo” stawkę podatku VAT wynoszącą 23%. obowiązującą dla produktów nie będących wyrobami medycznych.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 876), zwanej dalej ustawą o wyrobach medycznych, wyrób medyczny to - narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

- a) *diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby,*
- b) *diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia,*

c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego,

d) regulacji poczęć - który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Ponadto zgodnie z art. 132 ustawy o wyrobach medycznych - „Ilekcroć w przepisach odrębnych jest mowa o wyrobach medycznych, należy przez to rozumieć wyroby medyczne, aktywne wyroby medyczne do implantacji, wyroby medyczne do diagnostyki *in vitro*, wyposażenie wyrobów medycznych, wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro* oraz systemy i zestawy zabiegowe złożone z wyrobów medycznych.”

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 710) zwanej dalej ustawą o VAT oraz załącznika nr 3 poz. 105 do ustawy o VAT w związku z art. 132 ustawy o wyrobach medycznych opodatkowane niższą stawką podatku VAT w wysokości 8% mogą być jedynie wyroby zarejestrowane w rejestrze wyrobów medycznych w Polsce lub innym kraju UE lub posiadających znak CE jako wyroby medyczne lub wyposażenie wyrobów medycznych. ELEKTA Sp. z o.o. złożyła w ofercie dokumenty - deklaracje zgodności, z których wynika, w szczególności, że wymienione:

1) w poz. 5 pkt 2 - „Komputerowa wycinarka do osłon indywidualnych - Block Cutting System /Compu Cutter” nie jest wyrobem medycznym w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych (HUESTIS Deklaracja zgodności wydana przez producenta str. 107 i 108 oferty);

2) w poz. 5 pkt 3 - Komplet czerwonych centratorów laserowych - Lasery/Apollo” jest wyrobem medycznym w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych (Deklaracja zgodności UE str. 113 i 114 oferty).

W świetle powyższego stwierdził, że dla wymienionych pozycji wyspecyfikowanych w Arkuszu Obliczenia Ceny zgodnie z ustawą o VAT w związku z ustawą o wyrobach medycznych powinny zostać odpowiednio naliczone stawki podatku VAT:

1) w poz. 5 pkt 2 - „Komputerowa wycinarka do osłon indywidualnych - Block Cutting System /Compu Cutter” - 23% stawka podatku VAT, podczas gdy ELEKTA Sp. z o.o. zastosowała 8% stawkę podatku VAT

2) w poz. 5 pkt 3 - Komplet czerwonych centratorów laserowych - Lasery/Apollo” - 8% stawka podatku VAT, podczas gdy ELEKTA Sp. z o.o. zastosowała 23% stawkę podatku VAT.

ELEKTA Sp. z o.o. w odniesieniu do poz. 5 pkt 2 - „Komputerowa wycinarka do osłon indywidualnych - Block Cutting System /Compu Cutter” oraz poz. 5 pkt 3 - „Komplet czerwonych centratorów laserowych - Lasery/Apollo” Arkusza Obliczenia Ceny zastosował

błędne stawki podatku VAT. Powyższej omyłki nie można uznać za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający byłby zobowiązany poprawić niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z powyższego wynika, że ofercie ELEKTA Sp. z o.o. został popełniony błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki podatku VAT, co stanowi podstawę do obligatoryjnego odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w piśmiennictwie, bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego. I tak w Uchwałach z 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, Sąd Najwyższy stwierdził, że: *„Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r. , Nr 113, poz. 759 ze zm.).”* W tym stanie rzeczy nie odrzucenie oferty ELEKTA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwagi na zastosowanie błędnej stawki podatku VAT przy obliczaniu ceny oferty i wynikający z tego błąd w obliczeniu ceny oferty, było nieuzasadnione i bezpodstawne. Zaniechanie odrzucenia oferty ELEKTA Sp. z o.o. stanowi w tym zakresie naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Względem zarzutu 2. Wobec wykazanej w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 konieczności odrzucenia oferty ELEKTA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp dokonanie wyboru złożonej przez tego Wykonawcę oferty jako oferty najkorzystniejszej jest oczywistym naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Względem zarzutu 3. W przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców:

- 1) ELEKTA Sp. z o.o., której oferta jak wykazano w uzasadnieniu zarzutu nr 1 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp
- 2) CANDELA Sp. z o.o. który jak stwierdził Zamawiający w wyniku badania i oceny ofert nie podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Cena oferty CANDELA Sp. z o.o. wynosząca 26 054 278,91 PLN nie jest wyższa niż wysokość środków jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 28 590 000,00 PLN.

W tym stanie rzeczy zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie Części (pakietu) Nr 1 zamówienia, która jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert spośród ofert złożonych i nie podlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 08.07.2016 r. (faxem i e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.07.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ELEKTA Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odwołanie oparte jest wyłącznie na założeniu, że Przystępujący w swojej ofercie w sposób zamierzony błędnie podał stawkę VAT, co stanowi błąd w obliczeniu ceny.

W niniejszej sprawie sytuacja taka nie występuje. Przystępujący, kopiując dane ze swojego roboczego formularza w programie MS Excel do wzoru formularza oferty (załącznik nr 5 do SIWZ, którego pobranie Zamawiający umożliwił w tym samym formacie), omyłkowo dokonał przedstawienia znacznej części wierszy 2 i 3 w zakresie kolumn 9-11 (w zakresie ceny netto, stawki VAT, wartości netto, wartości brutto). Sytuacja taka nie stanowi zatem błędu w obliczeniu ceny, jak sugeruje Odwołujący, lecz oczywistą omyłkę pisarską kwalifikującą się do poprawy. Omyłka popełniona przez Przystępującego ma charakter pozwalający na uznanie jej za oczywistą. Każdy kto analizował treść oferty mógł z łatwością ustalić, że Przystępujący klasyfikuje „Komputerową wycinarkę do osłon indywidualnych” jako wyrób niemedyyczny, a „Komplet czerwonych centratorów laserowych” jako wyrób medyczny, jak również ma świadomość (co wynika z formularza ofertowego) jakie stawki VAT stosować dla każdej z tych kategorii. W okolicznościach sprawy cena ofertowa netto i brutto i łączna kwota VAT pozostaną bez zmian

W dniu 19.07.2016 r. (faxem, a na posiedzeniu oryginał) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu.

Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania z uwagi na brak spełnienia przesłanek materialno-prawnych, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, w szczególności brak możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy; względnie o oddalenie odwołania z uwagi na brak wpływu rozstrzygnięcia zarzutów odwołania na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp. Zamawiający wskazuje, że w chwili obecnej brak jest sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

Wskazał, że w dniu 14.07.2016 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1 z dnia 28.06.2016 r., która to czynność jest przedmiotem odwołania z dnia 08.07.2016 r.

W związku z powyższym - brak jest spełnienia przesłanek materialno-prawnych,

o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, w tym przede wszystkim możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Czynność, której dotyczy odwołanie, w chwili obecnej nie istnieje. Brak jest więc możliwości rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą o zgodności historycznej czynności w przepisami ustawy, a co za tym idzie również o możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w następstwie dokonania przedmiotowej czynności.

W wyroku KIO z 22.02.2011 r., sygn. akt: KIO 290/11 wskazano, że: *„nie sposób rozważać kwestii szkody w warunkach, gdy nie ma czynności ani zaniechań, w wyniku których owa szkoda miałaby nastąpić, i - co istotne - nie było ich już w momencie wniesienia odwołania przez Odwołującego. Wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpienie do powtórzenia czynności od momentu otwarcia ofert czyni także bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oceny oferty W...”*.

Stwierdził, że nawet gdyby jednak uznać, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, to odwołanie nie może zostać uwzględnione, bowiem wskutek unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego rozstrzygnięcie zarzutów odwołania nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W wyroku KIO z 13.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1804/13, stwierdzono, że: *„Na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawieszka w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie - ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Okoliczność następczego, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie może też być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ponowionych czynności nieskutecznymi. Krajowa Izba Odwoławcza bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. Czynności te podlegają zatem ocenie przez pryzmat ich wpływu na wynik postępowania. W tym kontekście, zarzuty odwołania skierowane do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 lipca 2013 r. dotyczą czynności historycznej, wyeliminowanej z obrotu przez Zamawiającego, co czyni je bezprzedmiotowymi i pozostającymi bez wpływu na wynik postępowania, o którym mówi przepis art. 192 ust. 2 ustawy”*.

Wobec unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zakwestionował Odwołujący, nie istnieje zaskarżona czynność, a więc nie istnieje również

spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Na podstawie art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W wyroku KIO z 13.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2619/12 wskazano, że: *„Izba ma legitymację prawną do oceny czynności Zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania”*.

W orzecznictwie KIO zwracano ponadto uwagę na możliwość unieważnienia przez Zamawiającego z własnej inicjatywy czynności w postępowaniu, w celu udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. M.in. w wyroku KIO z 27.03.2014 r., sygn. akt: KIO 478/14 podniesiono, że: *„Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy)”. W przedmiotowym stanie faktycznym, z uwagi na bardzo dużą wagę przedmiotu zamówienia, różnicę pomiędzy cenami ofert w pakiecie nr 1, wynoszącą ponad 2 600 000 zł (słownie: dwa miliony sześćset tysięcy złotych), mogącą skutkować obciążeniem wydatków publicznych, Zamawiający postanowił poddać ponownej pogłębionej analizie złożone oferty. Po przeprowadzeniu przedmiotowej analizy - zostanie ogłoszony nowy, dogłębny wynik postępowania, wobec którego wykonawcom będą przysługiwały środki ochrony prawnej. Jednakże odwołanie z 08.07.2016 r. musi zostać oddalone z uwagi na brak w chwili obecnej przedmiotu zaskarżenia.*

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Unieważnienie przez Zamawiającego kwestionowanej czynności może odnosić skutek w sferze oceny wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), względnie – stosownie do tego w jakim momencie

w stosunku do unieważnienia kwestionowanej czynności, złożono odwołanie – wpływać na ocenę zaistnienia przesłanek materialno-prawnych (vide: wyrok KIO z 22.02.2011 r., sygn. akt: KIO 290/11), nie powoduje jednak, że odwołanie należy uznać za złożone z uchybieniem terminu. Ustalono następnie, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia. W tym zakresie Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1 z 28.06.2016 r. oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1 z 14.07.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dla uwzględnienia odwołania konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Na gruncie analizowanej sprawy, czynność kwestionowana w odwołaniu, stanowiąca wybór najkorzystniejszej oferty z 28.06.2016 r. w pakiecie 1 oraz jej pozytywna ocena przez Zamawiającego zostały unieważnione – czynnością z 14.07.2016 r. Oznacza to tyle, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt. Zamawiający bowiem w dniu 14.07.2016 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie 1.

W rezultacie wskazana wyżej czynność Zamawiającego podjęta po wniesieniu odwołania, uczyniła więc co najmniej, przedwczesnymi zarzuty podniesione przez Odwołującego, tudzież uczyniły je de facto bezprzedmiotowymi z uwagi na wyeliminowanie z obrotu czynności, w konsekwencji zaskarżona czynność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w przepisie art. 192 ust. 2 Pzp. Izba dodatkowo wskazuje opierając się na przywołanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyroku KIO z 13.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1804/13 na następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności, w ocenie Izby wybór najkorzystniejszej oferty nie jest tylko formalną czynnością, której byt jest samoistny i niezwiązany z oceną złożonych ofert i dokumentów – to bezpośrednio następstwo tej oceny i z tą oceną musi być związane. Z momentem dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym wypadku w pakiecie 1, ze swej istoty traci byt ocena dokonana przez Zamawiającego w odniesieniu do złożonych dokumentów i ofert.

Z kolei, na gruncie obowiązujących przepisów Pzp, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności.

Natomiast, okoliczność następcza, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym wypadku w pakiecie 1, nie może być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ewentualnych ponowionych czynności nieskutecznymi. Izba bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy.

Odnosnie, zaś zasady koncentracji środków ochrony prawnej, przemawia ona za koniecznością analizy i oceny ewentualnych zastrzeżeń i zarzutów, jeśli takie zostaną skierowane, w odniesieniu do istniejącej na moment rozstrzygnięcia czynności Zamawiającego. W ramach tej zasady nie mieści się rozstrzygnięcie o zarzutach jedynie "dla sztuki", mimo, że sama czynność, której te zarzuty dotyczą, jest historyczna – została już wyeliminowana przed ich rozstrzygnięciem.

Nadto, Izba rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności,

ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia.

Dodatkowo odnośnie zasady koncentracji środków ochrony prawnej przemawia ona za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, w ramach której podjęto np. czynności uzupełnienia określonych dokumentów, a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym.

W przedmiotowym stanie faktycznym, skutek czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 28.06.2016 r. poprzez czynność z 14.07.2016 r. skarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1 stała się czynnością historyczną. Po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stan postępowania niejako wrócił do etapu, gdy postępowanie jest nierozstrzygnięte i nie jest znany nie tylko jego wynik, ale także ocena ofert i dokumentów poprzedzająca to rozstrzygnięcie. Jakikolwiek rozstrzygnięcie w odniesieniu do czynności uchylonej przez Zamawiającego nie może mieć wpływu na wynik postępowania, skoro czynność ta zostanie zastąpiona kolejną oceną ofert, a wreszcie – ponowionym wyborem najkorzystniejszej oferty w pakiecie 1.

Wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp) i bada czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). W ocenie Izby pojęcie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odnosi się do kwestii zawisłości sporu przed Izbą. Z chwilą wniesienia odwołania stan rzeczy odnosi się do czynności lub zaniechania Zamawiającego, które jest podstawą odwołania, zatem ocenie Izby podlega właśnie ta czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Jednakże stan rzeczy nie jest niezmienny w toku procedowania przed Izbą może on ulec zmianie w skutek czynności procesowych lub faktycznych stron powodujących zmianę zakresu zawisłości sporu. Do czynności procesowych można zaliczyć cofnięcie odwołania, cofnięcie zarzutu, uznanie zarzutów odwołania, wniesienie sprzeciwu, natomiast do okoliczności faktycznych takie zdarzenia, które zachodzą w toku postępowania odwoławczego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mają wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami. Do takich okoliczności faktycznych, które mogą mieć wpływ na zakres zawisłości sporu w postępowaniu odwoławczym. Tym samym Izba z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę czy sąd okręgowy, stąd czynności dokonane w toku

postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 2 Pzp. Z tego powodu Izba ma legitymację prawną do oceny czynności Zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym stanie faktycznym rezultat tej oceny z uwagi na okoliczności wskazane powyżej – predysponuje Izbę do oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów w nim zawartych, gdyż w istocie działania Zamawiającego znajdują wyraz dopiero w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1, a czynność ta „skonsumuje” wyniki badania także kwestii podnoszonych przez Odwołującego.

Zakończenie nowego badania i oceny ofert, w tym także oferty Przystępującego, w zależności od ostatecznej czynności Zamawiającego, którą Zamawiający odzwierciedli w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, otworzy Odwołującemu prawo do merytorycznego kwestionowania rozstrzygnięcia Zamawiającego w nowym odwołaniu. (podobnie w kontekście wyroku KIO z 13.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1804/13, zapadło orzeczenie z 04.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2002/13). W ramach kolejnego odwołania, w zależności od rozstrzygnięcia Zamawiającego, Odwołujący będzie mógł ewentualnie podnosić zarzuty związane z oceną oferty Przystępującego, w tym także w tym samym zakresie co w aktualnym odwołaniu, chociażby z uwagi na to, iż będziemy mieli do czynienia z nową czynnością w postępowaniu.

Izba przy oddaleniu przedmiotowego odwołania wzięła pod uwagę stanowiska wyrażone w wyrokach KIO z 13.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2612/12, z 13.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1804/13, z 27.03.2014 r., sygn. akt: KIO 478/14, z 29.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1618/14, czy też postanowieniach KIO z 09.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2763/14, jak i z 22.04.2016 r., sygn. akt: KIO 507/16, KIO 508/15, KIO 516/15

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....