

Sygn. akt: KIO/UZP 420/08

**WYROK**  
z dnia 16 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek  
Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 16 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**DRAGER Polska**” Sp. z o.o. 85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Medyczną Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, 50-367 Wrocław, ul. Pasteura 1** protestu /protestów\* z dnia 16 kwietnia 2008 r.

przy udziale „**PROMED**” S.A., 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1/B zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1** uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zaniechanych czynności polegających na unieważnieniu czynności Zamawiającego wykluczenia Wykonawca DRAGER Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, jak również czynności powtórnego badania i oceny ofert ( cz. B i C).

2. kosztami postępowania obciąża **Akademię Medyczną Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, 50-367 Wrocław, ul. Pasteura 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064. zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „**DRAGER Polska**” Sp. z o.o. **85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Akademię Medyczną Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, 50-367 Wrocław, ul. Pasteura 1** na rzecz „**DRAGER Polska**” Sp. z o.o., **85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez 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 zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**DRAGER Polska**” Sp. z o.o., **85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na dostawę urządzeń stanowiących wyposażenie Oddziału Anestezjologicznego i Chirurgii Serca oraz na montaż i uruchomienie tych urządzeń w Centrum Klinicznym Akademii Medycznej we Wrocławiu część B i C (Dz. Urz. UE nr 2007/S 192 – 233718 z 5.10.2007 r.), w dniu 16 kwietnia 2008 r. został złożony protest przez DRAGER Polska Sp. z o.o. z Bydgoszczy, a następnie odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Akademii Medycznej we Wrocławiu naruszenie art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 1, art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655), art. 70<sup>1</sup> § 4 Kc w związku z art.

14 Pzp wskutek zaniechania czynności ponownej oceny ofert, nakazanej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 59/08.

DRAGER Polska Sp. z o.o. powołał się na okoliczność, że wymienionym wyżej wyrokiem ogłoszonym w dniu 14 lutego 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza unieważniła również czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, a ze względu na wartość przedmiotu zamówienia wyrok ten stanowi ostateczne rozstrzygnięcie protestu i winien zostać wykonany nawet w przypadku wniesienia skargi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu uchylanie się od dotrzymania wzajemnych zobowiązań ciążących na organizatorze przetargu i dążenie do unieważnienia postępowania wskutek wyczerpania okresu związania ofertą, co narusza interes prawny Wykonawcy, ponieważ art. 94 ust. 1 Pzp nakazuje zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu związania ofertą.

W wyniku wezwania z dnia 16 kwietnia 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 18 kwietnia 2008 r. przystąpił wybrany Wykonawca – PROMED S. A. z Warszawy, wskazując na swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia oraz bezpodstawność żądań Odwołującego.

Zamawiający pismem doręczonym dnia 26 kwietnia 2008 r. stwierdził jedynie, że nie podziela poglądu wyrażonego w proteście, a na orzeczenie KIO/UZP 59/08 złożył skargę.

W odwołaniu wniesionym w dniu 30 kwietnia 2008 r., z kopią przekazaną w tym samym terminie Zamawiającemu zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskiem o nakazanie niezwłocznego powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do odwołania po stronie Zamawiającego zgłosił skutecznie swoje przystąpienie pismem z dnia 13 maja 2008 r. PROMED S.A., który podniósł, że protest był przedwczesny, gdyż Zamawiający ma prawo dokonać wyboru wykonawcy do czasu upływu terminu związania ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania wraz z załącznikami, akt sprawy sygn. KIO/UZP 59/08.

Ponadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Termin składania ofert wyznaczony został do dnia 16 listopada 2007 r.

Termin związania ofertą ustalony w rozdziale VI SIWZ, stosownie do art. 85 ust.1 pkt 3 Pzp i szacunkowej wartości zamówienia podanej w kwocie 4 990 000 euro wynosił 60 dni i rozpoczął swój bieg wraz z upływem terminu składania ofert od 16 listopada 2007 r. Na wniosek Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2008 r., w trybie art. 85 ust. 2 Pzp, wykonawcy

wyrazili zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą o 60 dni. Zarówno oferta Odwołującego jak i PROMED S.A. pozostają nadal zabezpieczone wadium.

Kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego w rozdziale XII SIWZ na część C – dostawę stanowisk i aparatury do znieczulania, stanowi cena (waga 50%) oraz jakość techniczna zamawianych urządzeń (waga 50%), natomiast w odniesieniu do części B – dostawy respiratorów kryterium stanowi jedynie cena (waga 100%).

Cena brutto oferty Odwołującego wynosi na część:

B respiratory – 3370 500 zł.

C stanowiska i aparatura do znieczulania – 3 324 490 zł.

Cena oferty wybranej PROMED S.A. wynosi odpowiednio na część

B – 4 808 108 zł.

C – 6 282 288 zł.

W dniu 21 grudnia 2008 r. Zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty DRAGER Polska Sp. z o.o. na część B i C zamówienia za podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz o odrzuceniu oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ.

Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę firmy PROMED S.A..

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 27 grudnia 2007 r. został wniesiony protest przez DRAGER Polska Sp. z o.o. ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem KIO z dnia 14 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 59/08.

Przepis art. 181 ust. 1 Pzp wiąże wniesienie protestu po upływie terminu składania ofert z zawieszeniem z mocy prawa biegu terminu związania ofertą ale jedynie do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą trwał zatem od dnia 27 grudnia 2007 r. do dnia 14 lutego 2008 r. a następnie bieg terminu związania ofertą był kontynuowany.

Z powyższych ustaleń wynika, że w niniejszym postępowaniu termin związania ofertą nie upłynął, co strony zgodnie potwierdziły, i podlegał dalszemu zawieszeniu wskutek złożenia protestu w sprawie niniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu zważyła, co następuje.

Merytoryczne zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty jak również zarzuty dotyczące oferty wybranej PROMED S.A., zgłoszone w proteście z dnia 27 grudnia 2007 r. zostały rozpoznane w sprawie KIO/UZP 59/08. W wyroku z dnia 14 lutego 2008 skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uwzględnił odwołanie DRAGER Polska Sp. z o.o., unieważnił czynność wykluczenia tego Wykonawcy i czynność odrzucenia oferty oraz nakazał ponowną ocenę ofert.

Należy zważyć, że wyrok Izby w sprawie sygn. akt KIO/UZP 59/08 bezzwłocznie z datą jego ogłoszenia stał się miarodajny dla oceny wyniku sporu i mimo jego nieprawomocności obliguje Zamawiającego do wyboru oferty zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i umożliwia zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Z mocy ustawy orzeczenie Izby staje się wiążące w procedurze udzielenia zamówienia przy dostawach o wartości poniżej progu 10 000 000 euro i podlega niezwłocznemu wykonaniu mimo, że jest nieprawomocne i służy na nie skarga.

Niezależnie od negatywnej oceny treści rozstrzygnięcia wyroku KIO sygn. akt KIO /UZP 59/08, czemu Zamawiający dał wyraz w piśmie oddalającym protest i informującym o wniesieniu skargi, obowiązkiem Zamawiającego było niezwłoczne wykonanie nakazów wynikających z powołanego wyroku, który charakteryzuje się natychmiastową skutecznością podyktowaną obiektywnymi potrzebami szybkiej korekty wadliwego postępowania i udzielenia zamówienia. Wytyczne efektywności i szybkości procedur odwoławczych ustanawiają przepisy art. 1 dyrektywy Rady 89/665 EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, której postanowienia zostały wdrożone do systemu Prawa zamówień publicznych.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak wynika z wyroku Trybunału Konstytucyjnego Sygn. akt SK 54/04 z dnia 13 czerwca 2006 r. stanowi postępowanie jurysdykcyjne pierwszej instancji i od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przysługuje skarga do Sądu Okręgowego jako Sądu drugiej instancji, który sprawuje kontrolę prawidłowości rozstrzygnięć KIO i jest władny zmienić zaskarżone orzeczenie i orzec co do istoty sprawy.

Zamawiający w dniu 29 lutego 2008 r. na wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 roku wniósł skargę do Sądu Okręgowego we Wrocławiu, skargę wniósł również Przystępujący do odwołania, co jednak nie powoduje wstrzymania wykonalności zaskarżonego wyroku.

Należy zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym do odwołania, że wiążąca jest sentencja wyroku, w której nakazano unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania wraz z odrzuceniem jego oferty oraz nakazano dokonanie czynności ponownej oceny ofert. Zamawiający winien jednak uwzględnić aktualny stan postępowania, biorąc pod uwagę istniejący wybór oferty PROMED S. A. na część B i C zamówienia. Logiczne zatem jest i konsekwentne uprzednie unieważnienie wyboru przedmiotowej oferty i dokonanie jej oceny według wskazań, jakie zawiera uzasadnienie wyroku KIO z 14 lutego 2008 r. W sentencji wymienionego wyroku nie znalazło się wprost nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty PROMED S.A. i odrzucenia oferty, jednakże należy mieć na uwadze, że na stronie 14-tej uzasadnienia wyroku znajduje się ocena, że Wykonawca ten nie opisał w odniesieniu do załącznika NR 2B poz. 4 l.p. od 3.1 do 3.4 cech

charakterystycznych parametrów oferowanego sprzętu, przez co treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że brak podjęcia nakazanych czynności stanowi niedopuszczalne zaniechanie ze strony Zamawiającego.

Zamawiający nie podał żadnych uzasadnionych przyczyn, dla których od dnia 14 lutego 2008 r. do daty rozprawy nawet nie podjął żadnych czynności mających na celu ponowną ocenę ofert, w tym nie zwrócił się do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. o wyjaśnienia treści ofert, na co również wskazywało uzasadnienie wyroku KIO. W trakcie rozprawy Zamawiający stwierdził, że widzi potrzebę zwrócenia się do Wykonawców o dalsze wyjaśnienia treści ofert. Jakkolwiek skorzystanie z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp jest prawem Zamawiającego, to art. 26 ust. 4 Pzp obliuguje Zamawiającego do żądania wyjaśnień także w odniesieniu do przedmiotu dostawy.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego do odwołania, iż protest został przez Odwołującego złożony przedwcześnie, bo Zamawiający stosownie do art. 94 ust. 1a i 94 ust. 1 Pzp ma jeszcze termin na dokonanie ponownej oceny i na wybór oferty najkorzystniejszej, do końca okresu związania ofertą.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej służą wykonawcy nie tylko gdy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ale i wówczas gdy może doznać uszczerbku.

W konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy, gdy Zamawiający ignoruje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i bez podania uzasadnionych podstaw uchyla się od dokonania nakazanych czynności, Odwołujący miał prawo skorzystać ze środków ochrony prawnej na takie zaniechania, które mogą doprowadzić do bezskutecznego upływu okresu związania ofertą i unieważnienia postępowania na części B i C zamówienia. Z uchwały Sądu Najwyższego z 24 listopada 2005 r. sygn III CZP 85/05 wynika, że stwierdzenie upływu terminu związania ofertą prowadzi do unieważnienia postępowania.

Przepis art. 94 ust. 1a Pzp został wprowadzony aby nie unieważniać postępowań i umożliwić zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po upływie okresu związania ofertą, a nie w celu wyczekiwania przez Zamawiającego z wyborem oferty do ostatniego dnia okresu związania ofertą, po to żeby uniemożliwić bądź utrudniać uczestnikom postępowania korzystanie ze środków ochrony prawnej. Takie wykorzystanie przepisu nie stanowi prawidłowego stosowania prawa i nie może korzystać z ochrony prawnej, szczególnie że całkowity okres związania ofertą wyznaczony przez Zamawiającego, wynosił 120 dni.

Nie można czynić zarzutu Odwołującemu, co do naruszenia ograniczeń czasowych do wniesienia protestu, jeżeli jak w niniejszym przypadku działania Zamawiającego, czy też zaniechania dezinformują wykonawcę i utrudniają ocenę sytuacji oraz korzystanie ze

środków ochrony prawnej. Tak rozumie efektywność środków ochrony prawnej orzecznictwo ETS (vide wyrok sygn. akt C – 327/00 z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie Santex SpA).

Art. 2 ust. 4 dyrektywy odwoławczej zaleca państwom członkowskim by uznały konsekwencje podejmowanych środków dla wszystkich stron, które mogą doznać uszczerbku w wyniku wstrzymania procedury przetargowej, a także dla celu nadrzędnego jakim jest zapewnienie zachowania interesu publicznego, który w rozpatrywanym postępowaniu przejawia się tym aby nowy, specjalistyczny szpital jak najszybciej i w pełnym zakresie prowadził działalność.

Izba przyznaje rację Zamawiającemu, że ma on pełne prawo nabyć w badanym postępowaniu sprzęt jaki jest mu najbardziej przydatny, z uwzględnieniem wszystkich cech funkcjonalnych, podanych parametrów i nowoczesnych rozwiązań technicznych. W postępowaniu w sprawie KIO/UZP 59/08, Zamawiający nie wykazał jednak, że oferta Odwołującego nie spełnia wszystkich powyżej wymienionych wymagań, szczególnie określonych w SIWZ, o czym świadczy treść przedmiotowego rozstrzygnięcia. Ocena ta może być odmienna jedynie na podstawie wyroku Sądu zmieniającego zaskarżony wyrok KIO.

Jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r. sygn. akt III CZP 73/05 zawarcie przez Zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez Sąd skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. W kolejnej uchwale z dnia 18 października 2007 r. sygn. akt III CZP 87/07 Sąd Najwyższy zawarł dalej idące tezy stwierdzając, że wykonanie umowy zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez Sąd skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Tak więc w każdym przypadku stronie służy pełna droga kontroli instancyjnej trafności orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

W przekonaniu składu orzekającego Izby Odwołujący miał prawo oczekiwać, że Zamawiający będzie respektował wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i podporządkuje się treści rozstrzygnięcia oraz bez zbędnej zwłoki doprowadzi do ponownej oceny ofert.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 70<sup>1</sup> § 4 Kc.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 3 600 zł na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886)

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 we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*