

Sygn. akt: KIO 2708/17

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 4 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 4 stycznia 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2017r. przez **wykonawcę Flack Medycyna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Olbrachta 94** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa - Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. J. Lompy 19**

przy udziale **wykonawcy Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. Sierżanta Grzegorza Załogi z siedzibą w Katowicach, ul. Głowackiego 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2708/17 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. Umorzyć postępowanie,**

- 1.1. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Flack Medycyna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Olbrachta 94** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług medycznych w zakresie profilaktycznej opieki zdrowotnej zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 października 2017r. za numerem 2017/S 205-423314.

W dniu 12 grudnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi z siedzibą w Katowicach, ul. Głowackiego 10 – dalej zwanego przystępującym.

W postępowaniu odrzucono oferty Wykonawców:

Falck Medycyna Sp. z o.o., ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 - Warszawa CENTRUM MEDYCZNE FALCK, ul. Młyńska 23, 40-098 Katowice – zwanego dalej odwołującym, Konsorcjum: 1) Wielospecjalistyczny Szpital Powiatowy S.A. im. B. Hagera, ul. Pyskowicka 47-51, 42-612 Tarnowskie Góry; 2) Geo Medical Sp. z o.o., ul. Głowackiego 10, 30-085 Kraków.

W dniu 22 grudnia 2017r. wykonawca Falck Medycyna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2017r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w załączonym odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 grudnia 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Falck na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

2. wyborze oferty Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy.

II. zaniechania czynności Zamawiającego, do której jest on zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

Zarzucił zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania poprzez odrzucenie oferty odwołującego

jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, mimo że oferta złożona przez odwołującego jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, albowiem:

a) badania psychotechniczne kierowców wchodzi w zakres badań realizowanych w zakresie profilaktycznej opieki zdrowotnej przez jednostkę medycyny pracy;

b) ceny badań realizowanych w zakresie profilaktycznej opieki zdrowotnej przez jednostkę medycyny pracy, w tym badań psychotechnicznych kierowców, nie są regulowane przez przepisy obowiązującego prawa (brak tzw. ceny sztywnej);

c) do badań psychotechnicznych kierowców realizowanych w ramach profilaktycznej opieki zdrowotnej przez jednostkę medycyny pracy nie mają zastosowania przepisy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2014 roku w sprawie badań lekarskich osób ubiegających się o uprawnienia do kierowania pojazdami i kierowców oraz Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 lipca 2014 roku w sprawie badań psychologicznych osób ubiegających się o uprawnienia do kierowania pojazdami, kierowców oraz osób wykonujących pracę na stanowisku kierowcy.

- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy tj. naruszenie zasad: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania poprzez zaniechanie wobec odwołującego trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy tj. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w przedmiocie niezastosowania przepisów Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2014 roku w sprawie badań lekarskich osób ubiegających się o uprawnienia do kierowania pojazdami i kierowców oraz Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 lipca 2014 roku w sprawie badań psychologicznych osób ubiegających się o uprawnienia do kierowania pojazdami, kierowców oraz osób wykonujących pracę na stanowisku kierowcy do ustalenia ceny badań psychotechnicznych z zakresu badań medycyny pracy kierowców w przypadku, gdy działania zamawiającego podjęte bez stosownych wyjaśnień powodowały dla odwołującego niekorzystne konsekwencje w postaci odrzucenia oferty podczas gdy:

a) zamawiający, wzywając odwołującego, do wyjaśnienia treści oferty w zakresie rażąco niskiej ceny, winien wezwać jednocześnie do wyjaśnienia treści oferty w zakresie badań psychotechnicznych kierowców, jeżeli niezastosowanie przez odwołującego ww. rozporządzenia budziło wątpliwości zamawiającego.

b) zamawiający, nie powinien wybiórczo stosować przepisów ustawy, wzywając wykonawców do wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert wyłącznie w odniesieniu do wybranych elementów budzących wątpliwości zamawiającego, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości postępowania.

- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości postępowania poprzez wybór oferty przystępującego, podczas gdy oferta ta nie stanowi oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert

określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia i Postępowania (dalej siwz), albowiem:

a) zgodnie z treścią pkt 1 i 2 Rozdziału XI SWZiP opisanego jako „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert” zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert przyjął kryterium ceny;

b) cena oferty wybranej przez zamawiającego jest wyższa o 3.607.119,17 zł od oferty odwołującego będącej ofertą niepodlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1, a zatem nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie określonego przez zamawiającego kryterium oceny ofert, jakim jest cena.

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem:

a) oferta złożona przez przystępującego nie zawiera ceny za realizację badania dodatkowego - RTG klatki piersiowej małobrazkowe (BD2), co przesądza o niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w treści siwz i którego przyjęcia oczekuje, mimo iż brak ten nie został przez wyborem oferty usunięty.

b) złożenie przez przystępującego oferty, nie wskazującej ceny za realizację jednego z badań objętych przedmiotem zamówienia oraz zawierającej ceny jednostkowe w wysokości „0 zł”, przesądza za okolicznością nieprawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania ich z realnymi kosztami świadczenia odrębnych w ramach przedmiotu zamówienia badań.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności: odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy;
- 4) przeprowadzenia ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami określonymi przez zamawiającego w treści siwz.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, albowiem na skutek niezgodnej z prawem czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty przystępującego, odwołujący został bezpodstawnie pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania spowoduje, iż zamawiający, przy ocenie ofert, będzie zobowiązany do uwzględnienia oferty odwołującego, która to jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż cena wskazana w ofercie złożonej przez odwołującego jest ceną najniższą, a cena brutto oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu.

W dniu 22 grudnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 27 grudnia 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zarzuty są bezpodstawne, a odwołujący bezpodstawnie stwierdza, że brak było przesłanek dla odrzucenia jego oferty. W ocenie przystępującego w postępowaniu mają zastosowanie przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z 17 lipca 2014r. (Dz. U. z 2017r. po 250 ze zm.) i rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 lipca 2014r. (Dz. U. z 2014 poz. 937 ze zm), a więc zamawiający miał przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego. Zarzuty dotyczące nie podania przez przystępującego cen również są niezasadne, gdyż badanie RTG klatki piersiowej małoobrazkowe zostało zastąpione nowoczesnymi badaniami RTG przy użyciu najnowszego sprzętu, a badanie małoobrazkowe jest nieprecyzyjne i naraża pacjenta na dużą dawkę promieniowania, zaś pozostałe badania, których cen nie podał przystępujący są u zamawiającego w praktyce nie wykonywane i dlatego przystępujący ich nie wycenił, a w przeszłości zamawiający akceptował takie zapisy w ofercie. Nawet gdyby takie badanie sporadycznie się pojawiło, to cena tego badania jest zawarta w cenie badania podstawowego. Przystępujący oświadczył, że przekazał kopię przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez dyrektora jednostki.

W dniu 3 stycznia 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. Jednocześnie zamawiający poinformował, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Przystępujący nie stawił się na posiedzenie niejawne z udziałem stron i uczestnika postępowania. O terminie posiedzenia został prawidłowo powiadomiony w dniu 28 grudnia 2017r. Nie złożył oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Przystępujący nie wniósł sprzeciwu w formie pisemnej, ani nie stawił się prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i nie złożył sprzeciwu ustnie do protokołu.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy, Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt. 3 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Dz. U. t.j. 2014r. poz. 964) Izba wzywa wykonawcę przystępującego do wniesienia sprzeciwu jedynie w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm. 2017 poz. 47). Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł., gdyż koszty te odwołującemu nie należą się w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości przed otwarciem rozprawy. Przepis § 5 ust. 1 pkt. 2 cyt. rozporządzenia stanowi bowiem, że koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego zasądzone są, jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy. Natomiast to, że odwołujący na posiedzeniu dowiedział się o uwzględnieniu zarzutów nie ma znaczenia dla ustalenia zasadności wniosku, inaczej byłoby w przypadku cofnięcia odwołania, gdyż wówczas ma zastosowanie § 5 ust.1 pkt. 3 lit. b i zasądzenie kosztów na rzecz zamawiającego następuje w przypadku, gdy odwołujący cofnął odwołanie na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy. W niniejszej sprawie przepis ten jednak nie miał zastosowania.

**Przewodniczący:** .....