

**Sygn. akt KIO/UZP 481/10**

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak**  
**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** protestu z dnia **5 marca 2010 r.**

przy udziale **MEDSERVICE Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. Zapolskiej 7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22** na rzecz **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22.**

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

Stan faktyczny sprawy:

W dniu 17.12.2009 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatury do redukcji patogenów w osoczu wraz z zestawami do przeprowadzania procesu walidacyjnego osocza przeznaczonego do użytku klinicznego otrzymywanego z krwi pełnej. Zamówienie udzielane było w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na zamiar realizacji wytycznych wynikających z zadania zawartego w programie polityki zdrowotnej pn. „Zapewnienie samowystarczalności RP w zakresie krwi, jej składników i produktów krwiopochodnych”. Wytyczne te dotyczyły wydawania od dnia 1 stycznia 2010 r. do leczenia wyłącznie osocza poddanego karencji lub procedurze redukcji patogenów.

Zamawiający przekazał Wykonawcom SIWZ.

Po upływie terminu do składania ofert Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Medservice sp. z o.o. (kryterium cena 100%). W dniu 24.12.2009 r. Wykonawca, firma Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. złożyła protest, a następnie odwołanie. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania. W związku z taką decyzją Zamawiającego firma Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. cofnęła odwołanie.

Jednakże, w dniu 20.01.2010 r. na czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego wykonawca, którego oferta została uprzednio wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Medservice sp. z o.o. złożył protest. W wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający uchylił decyzję o unieważnieniu postępowania. Postępowanie odwoławcze prowadzone było przez Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pod sygn. akt KIO/UZP 206/10.

W dniu 23.02.2010 r. Zamawiający doręczył pismo informujące o utrzymaniu wyboru oferty Medservice sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w związku z informacją pochodzącą z Departamentu Budżetu, Finansów i Inwestycji Ministerstwa Zdrowia potwierdzającą posiadanie przez resort zdrowia środków finansowych umożliwiających zakup przedmiotu zamówienia. Pismo to zawierało również informację o tym, iż aktualny termin realizacji zamówienia brzmi: „w ciągu 2 dni od podpisania umowy”. Informacja Zamawiającego, zdaniem Odwołującego stanowił zmianę dotychczasowej SIWZ w zakresie określenia terminu dostawy przedmiotu zamówienia w następującym brzmieniu: „termin realizacji: nie później niż do dnia 29.12.2009 r.”

***W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:***

1) **art. 7 ust. 1 PZP** poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu większej liczby wykonawców do udziału w postępowaniu z powołaniem na pilny charakter zamówienia, a następnie poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu i przesunięcie terminu wykonania zamówienia dokonaną po upływie terminu do składania ofert, co stanowiło czynność sprzeczną z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) **art. 38 ust. 4 PZP** poprzez zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) po upływie terminu do składania ofert,

3) **art. 58 ust. 4 w zw. z art. 65 PZP** poprzez przekazanie wykonawcom wymagań dotyczących zamówienia na nierównych zasadach poprzez poinformowanie o zmianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących terminu wykonania zamówienia po upływie terminu do składania ofert, przez co oferta wybrana jako najkorzystniejsza została uprzywilejowana.

**Odwołujący wnoszą o unieważnienie postępowania** na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na tym, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 PZP).

**Krajowa Izba Odwoławcza**, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Nawet w przypadku potwierdzenia się, że czynności dokonane przez zamawiającego stanowią naruszenie wskazanych w odwołaniu artykułów ustawy, sytuacja prawna Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podlegałaby zmianie i nie dawałaby Odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP, „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.” W niniejszym przypadku Odwołujący nie wykazał, jakiego uszczerbku mógłby doznać jego interes prawny. Przede wszystkim nie wykazał, jaką korzyść osiągnąłby, gdyby zgodnie z jego żądaniem postępowanie zostało unieważnione. W ocenie Izby unieważnienie postępowania nie prowadzi do uzyskania przez Odwołującego bezpośredniej korzyści.

Podkreślić należy, że Odwołujący nie kwestionuje wyboru oferty złożonej przez innego Wykonawcę, a jedynie dąży do unieważnienia postępowania, co w sposób ewidentny nie doprowadzi do udzielenia zamówienia żadnemu podmiotowi, w tym Odwołującemu. Okoliczność ta w ocenie Izby przesądza, iż Odwołującemu nie przysługuje interes prawny do wniesienia odwołania.

Niezależnie od powyższego Izba zauważyła, że:

W niniejszej sprawie w podobnym stanie prawnym obejmującym zarzut konieczności unieważnienia postępowania zapadł już wyrok KIO (wyrok z 23 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 206/10). W przywołanym stanie KIO stwierdziło, iż upływ terminu wykonania zamówienia nie stanowi również wady postępowania i nie jest podstawą do unieważnienia

postępowania. Zgodnie z powołanym wyrokiem KIO „żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data realizacji świadczenia już upłynął”. Skład orzekający KIO w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z 23.03.2010 r.

Z powyższego wynika, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania ze względu na upływ terminu wykonania zamówienia. Termin początkowy wykonania zamówienia określony przez zamawiającego na 29 grudnia 2009 r. z przyczyn związanych z trwającą procedurą odwoławczą nie mógł zostać dotrzymany. Nie oznacza to jednak, co potwierdza przywołany wyrok KIO, że nie może zostać zawarta i wykonana umowa. W niniejszym przypadku jedyną formą umożliwienia udzielenia zamówienia była konieczność ustalenia terminu wykonania zamówienia, równie krótkiego, jak poprzedni. Krótki termin wykonania zamówienia związany był z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zamawiający zachował przy tym zasadę, iż długość nowego terminu wykonania zamówienia nie odbiegała od terminu pierwotnego i w obu przypadkach wynosiła ok. 2 dni.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o potwierdzenie realizacji umowy w wyznaczonym terminie. Fakt ten nie wpływa w żaden sposób na uprzywilejowanie jakiegokolwiek wykonawcy. Wybór oferty najkorzystniejszej został już dokonany, nie ma więc wpływu na sytuację prawną pozostałych wykonawców, których oferty nie zostały wybrane. Ponadto jest naturalną konsekwencją okoliczności, że na skutek działań prawnych podejmowanych przez wykonawców nie było możliwe wykonanie zamówienia w terminie pierwotnie przewidzianym przez Zamawiającego. Brak możliwości wykonania zamówienia w pierwotnym terminie a jednocześnie konieczność szybkiego wykonania zamówienia (co było także powodem wyboru przez zamawiającego trybu negocjacje bez ogłoszenia) spowodowały nieaktualność pierwotnego terminu/niemożliwość realizacji zamówienia w pierwotnie wyznaczonym terminie.

Za nieuzasadniony Izba uznaje zarzut nierównego traktowania wykonawców. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, w jaki sposób został naruszony przez zamawiającego art. 58 ust. 4 w zw. z art. 65 PZP. W szczególności z treści odwołania nie wynika, które z informacji czy dokumentów zostały przekazane jednemu wykonawcom, podczas gdy nie zostały przekazane Odwołującemu lub/i innym wykonawcom oraz w jaki konkretny sposób oferta wybrana jako najkorzystniejsza została uprzywilejowana.

Przesunięcie terminu dostawy z uwagi na upływ pierwotnego terminu określonego w SIWZ nie powoduje także, że zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy będzie

inny niż tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zakres świadczenia determinuje bowiem opis przedmiotu postępowania zawarty w SIWZ. Przepis art. 36 ust. 1 ustawy określający treść SIWZ odróżnia opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania zamówienia (odpowiednio art. 36 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy). Jeśli termin wykonania zamówienia nie stanowi elementu opisu przedmiotu zamówienia, zmiana terminu realizacji dostawy nie powoduje zmiany zakresu świadczenia. Przedmiotem zamówienia w niniejszym przypadku pozostanie dostawa aparatury do redukcji patogenów w osoczu wraz z zestawami do przeprowadzenia procesu walidacyjnego osocza przeznaczonego do użytku klinicznego otrzymywanego z krwi pełnej. Brak więc sankcji nieważności, o której mowa w art 140 ustawy Pzp.

Upływ terminu realizacji zamówienia na skutek korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej nie powoduje także, że niewłaściwa była lub jest podstawa wyboru trybu zamówienia. Przesłanka uruchomienia przedmiotowej procedury w trybie interwencyjnym została określona przez zamawiającego przed wszczęciem niniejszej procedury. Żaden z wykonawców nie wniósł protestu na wybór tego trybu w sposób przewidziany w ustawie. Odwołujący wziął udział w przedmiotowym postępowaniu. Z terminu, jaki wyznaczył Zamawiający Wykonawcom na realizację zamówienia wynikało i wynika, że nadal niezbędny jest natychmiastowy zakup przedmiotowej aparatury. Sam fakt, że wykonawcy w niniejszym postępowaniu korzystali ze środków ochrony prawnej, co miało wpływ na wydłużenie się postępowania, nie oznacza, że odpadła przesłanka pilności zakupu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....