

POSTANOWIENIE

z dnia 18 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **18 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **31 grudnia 2012 r.** przez wykonawcę: **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg**,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin, kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę sieci informatycznej zgodnie z projektem, dostawę i instalację sprzętu komputerowego, dostawę licencji i wdrożenie medycznego systemu informatycznego, dostawę dodatkowych licencji i rozbudowę funkcjonalną oprogramowania administracyjnego” (Dziennik Urzędowy UE 2012/S 232-381910 z 01.12.2012 r.), dnia 31 grudnia 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia wykonawców w dniu 21 grudnia 2012 r. o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

Wobec podjętych czynności, tj. unieważnienia postępowania przetargowego odwołujący zarzucił zamawiającemu Elbląskiemu Szpitalowi Specjalistycznemu z Przychodnią Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Elblągu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.: art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 93 ust. 3 Pzp przez uznanie, iż w prowadzonym postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegająca na opublikowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przed datą publikacji ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy tego rodzaju działanie zamawiającego nie jest wadą skutkującą unieważnieniem postępowania, a także poprzez brak pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego zawierającego wskazanie przyczyn, dla których rzekoma wada postępowania miałyby uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że posiada interes we wniesieniu odwołania na czynności zamawiającego polegające na bezprawnym unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wskazywał jednocześnie, że jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego,

którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem, który uprzednio składał uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołanie na postanowienia ogłoszenia i SIWZ. W tej sytuacji bezzasadne unieważnienie postępowania trwale uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia i związanego z tym zarobku.

Odwołujący nie podzielił argumentacji przytoczonej w piśmie z dnia 21 grudnia 2012 roku, w którym zamawiający informował o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję zamawiający podał, iż specyfikację istotnych warunków zamówienia opublikował na stronach internetowych szpitala w dniu 29 listopada 2012 roku tj. w dniu przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Tymczasem samo ogłoszenie zostało opublikowane w urzędowym publikatorze dopiero w dniu 1 grudnia 2012 roku. W ocenie zamawiającego powyższe nakazywało unieważnić postępowanie, ponieważ zgodnie z treścią art. 42 ust. 1 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest opublikowanie SIWZ w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z treścią art. 42 ust. 1 ustawy Pzp SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Powyższy przepis określa jednak najpóźniejszy termin publikacji SIWZ. Data publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest bowiem dniem rozpoczęcia postępowania. Wcześniejsze czynności zamawiającego dokonywane przed dniem opublikowania ogłoszenia o zamówieniu nie są podejmowane w ramach prowadzonego postępowania i nie mają wpływu na jego bieg. Powyższe zapatrywanie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 14 maja 2012 roku sygn. akt KIO 887/12 stwierdziła, iż: *„(...) To dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wyznacza najwcześniejszy dopuszczalny początek biegu terminu na wnoszenie odwołania wobec treści SIWZ, a tym samym określa początek biegu terminu na przesłanie zamawiającemu kopii odwołania. Art. 42 ust. 1 p.z.p. stanowi bowiem, że zamawiający udostępnia specyfikację na swojej stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamieszczenie specyfikacji na stronie internetowej z uchybieniem bezwzględnie obowiązującego przepisu p.z.p., nie może być uznane za czynność dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro ustawodawca wiąże wszczęcie postępowania z przekazaniem ogłoszenia (art. 40 ust. 1 i ust. 6 p.z.p.) i pozwala na udostępnienie specyfikacji dopiero od dnia jego publikacji (art. 42 ust. 1 p.z.p.).”*

Odwołujący stwierdził, że także w sprawie sygn. akt KIO 2741/12 dotyczącej niniejszego postępowania i zakończonej wyrokiem wydanym w dniu 28 grudnia 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza nie przyjęła, że wcześniejsza publikacja SIWZ miała wpływ na

zachowanie terminu do wniesienia odwołania na jej postanowienia. Izba bowiem uznała, że istotną w tym zakresie jest data publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe pośrednio potwierdza zapatrywanie wyrażone w cytowanym wyżej wyroku z dnia 14 maja 2012 roku. Jeśli bowiem publikacja SIWZ byłaby czynnością podjętą w postępowaniu, to odwołanie skierowane przeciwko postanowieniom SIWZ powinno być składane w terminie liczonym od dnia zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej. Tym samym zamieszczenie SIWZ na stronie zamawiającego przed dniem publikacji ogłoszenia, zdaniem odwołującego, nie może być traktowane jako wada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosił, iż zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zważywszy więc na fakt, iż wcześniejsza publikacja SIWZ nastąpiła przed dniem wszczęcia postępowania, zdaniem odwołującego nie można w ogóle mówić o tym, iż była to wada, która wystąpiła w postępowaniu. Nie ulega zaś wątpliwości, iż zamawiający w dniu 1 grudnia 2012 roku tj. w dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu - udostępniał na swojej stronie internetowej całą SIWZ. Wobec powyższego, w przekonaniu odwołującego - w żaden sposób nie doszło do naruszenia art. 42 ust. 1 Pzp.

Odwołujący argumentował nadto, iż nawet jeśli traktować powyższe uchybienie jako wadę postępowania, to i tak nie sposób jest uznać, iż mogłaby ona uniemożliwić zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Owa „wada” nie stanowi bowiem żadnej z przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego „wada” nie miała żadnego wpływu na wynik postępowania, co wyłącza możliwość potencjalnego żądania unieważnienia jej przez sąd w trybie opisanym w art. 146 ust. 6 Pzp. Odwołujący podkreślał przy tym, że w treści informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie zawarł żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, z którego wynikałoby dlaczego rzekoma „wada” miałaby uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym - niezależnie od naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp - czynność zamawiającego narusza również przepis art. 93 ust. 3 tej ustawy.

Reasumując powyższe rozważania, odwołujący stwierdził, iż rzekoma „wada”, na którą powołuje się zamawiający nie miała miejsca w prowadzonym postępowaniu i dotyczy okresu sprzed jego wszczęcia. Nawet zaś jeśli byłoby inaczej, owa „wada” nie naruszała praw żadnego z potencjalnych uczestników postępowania nie może mieć żadnego wpływu na wynik przetargu. Z całą pewnością nie wyklucza ona możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, albowiem nie zostaje w tym przypadku spełniona żadna z przesłanek opisanych w art. 146 ust 1 i 6 Pzp. Ponadto odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wykazał istnienia adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy rzekomą wadą

a niemożliwością zawarcia ważnej umowy. Brak ten stanowi o naruszeniu art. 93 ust. 3 Pzp, a zamawiający nie może obecnie rozszerzyć uzasadnienia podjętej czynności.

Dnia 31 grudnia 2012 r. zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej, dnia 2 stycznia 2012 r. wezwał potencjalnych wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania. W ustawowym terminie 3 dni, określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Dnia 17 stycznia 2013 r. zamawiający złożył za pośrednictwem faksu odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym dnia 31 grudnia 2012 r. przez wykonawcę: CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie. Zamawiający oświadczył jednocześnie, że zgodnie z żądaniem odwołującego wykonawcy unieważnił czynność unieważnienia postępowania o czym powiadomił potencjalnych wykonawców w dniu 17 stycznia 2013 r. zamieszczając również treść informacji na swojej stronie internetowej. W związku z powyższym, zamawiający wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego oraz o orzeczenie wzajemnego zniesienia kosztów postępowania. Odpowiedź na odwołanie podpisała osoba pełniąca funkcję Dyrektora Elbląskiego Szpitala Specjalistycznego z Przychodnią SPZOZ w Elblągu. Kopia odpowiedzi została przesłana odwołującemu wykonawcy w dniu 17 stycznia 2013 r.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron (...), pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności

w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Na podstawie przepisów § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom (...) postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....