

Sygn. akt: KIO 1421/10

WYROK

z dnia 21 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę: **OTICON Polska Sp. z o.o. Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00 - 499 Warszawa.**

od czynności zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin.**

Przy udziale wykonawcy XXX, zgłaszającego swoje przystąpienie do odwołania po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Nakazuje zamawiającemu – Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 4 w Lublinie unieważnienie ogółu czynności w postępowaniu na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, wszczętym ogłoszeniem z 1.06.2010 r. 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ 242-50/10).

3. Kosztami postępowania w kwocie 15 000,00 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin.

4. zasądza od zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** na rzecz **OTICON Polska Sp. z o.o. Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00 - 499 Warszawa** kwotę **18 600,00 zł.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego:

- na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, wszczętego ogłoszeniem z 1.06.2010 r. 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ. 242-50/10),
- na dostawę implantów laryngologicznych – wszczętego ogłoszeniem z 5.06.2010 r. 2010/S 108-163696, (nr referencyjny EDZ. 242-57/10), w dniu 7 lipca 2010 r. zostało wniesione w przepisanej formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę OTICON Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od zaniechania unieważnienia przez zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, wszczętego wymienionym wyżej ogłoszeniem z dnia 1.06.2010 r, z kopią odwołania doręczoną zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołujący podał, iż odwołanie zostało złożone z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informację o zaniechaniu unieważnienia postępowania otrzymał w dniu 1 lipca 2010 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2010 nr 113, poz. 759), tj.:

- 1) art. 40 ust. 1 przez przekazanie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich dwóch tożsamyh co do treści ogłoszeń o zamówieniu, wprowadzając tym samym wykonawcę w błąd i naruszając zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 37 ust. 2 przez nie zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego w przypadku jednego z ogłoszonych postępowań w przedmiocie jak wyżej;
- 3) art. 43 ust. 2 przez wyznaczenie dwóch różnych terminów składania ofert, co w sposób oczywisty narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz przejrzystości prowadzonego postępowania;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 7 przez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na to, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia drugiego z wszczętych jednocześnie postępowań o zamówienie publiczne w przedmiocie dostawy implantów laryngologicznych - usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący powołał się na interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, a także na możliwość poniesienia szkody, gdyż w wyniku licznych naruszeń ustawy Pzp, których dopuścił się zamawiający, niemożliwe będzie zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Dodał, iż zamierzał ubiegać się o udzielenie zamówienia na dostawę implantów laryngologicznych, jednakże w wyniku błędów zamawiającego naruszona została zasada uczciwej konkurencji gwarantująca jednakowy dostęp wykonawców do zamówienia.

Odwołujący utrzymywał, iż informację o wszczęciu postępowania oznaczonego przez zamawiającego numerem EDZ. 242 - 57/10 powziął w dniu 29.06.2010 r., po opublikowaniu sprostowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2010/S 123 -187030, przekazanego przez zamawiającego 24.06.2010 r. do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (UOPWE), w którym to zmieniono termin składania ofert: z 12.07.2010 r. na: 19.07.2010 r. (<http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:163696-2010:TEXT:PL:HTML>). Po zapoznaniu się z treścią opublikowanego sprostowania, będąc zainteresowanym pobraniem SIWZ, w zakładce dokumenty powiązane - odwołujący odnalazł ogłoszenie o zamówieniu nr 2010/S 108 -163696, przekazane do UOPWE dnia 1.06.2010 r., a opublikowane 5.06.2010 r. W tymże ogłoszeniu zamawiający powoływał się na nr referencyjny postępowania - EDZ. 242 - 57/10, pod którym na stronie internetowej zamawiającego, zgodnie z ogłoszeniem, powinna być dostępna SIWZ. Na przywoływanej stronie internetowej zamawiającego, w zakładce odpowiadającej numerowi referencyjnemu postępowania, dostępne były jednakże jedynie cztery ogłoszenia zamieszczone po dwa razy każde:

1. ogłoszenie o zamówieniu nr 2010/S 104 - 157915 wysłane 27.05.2010 r., opublikowane 1.06.2010 r., z terminem składania ofert: 8.07.2010 r.,
oraz
2. sprostowanie 2010/S 123-187030 opublikowane 29.06.2010 r., z terminem składania ofert wyznaczonym na: 19.07.2010 r.

Podkreślał również, że zamieszczone oba sprostowania nie odpowiadały ogłoszeniu, które zamawiający zamieścił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej właściwemu dla danego postępowania. Sprostowania dotyczyły innego, tożsamego co do treści (za wyjątkiem terminów składania ofert) zamówienia.

Badając i analizując stronę internetową zamawiającego oraz bazę ogłoszeń Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, odwołujący wyjaśnił, iż znalazł kolejne, odpowiadające treścią poprzedniemu ogłoszenie nr 2010/S 104 -157915, opublikowane 1.06.2010 r., przekazane: 27.05.2010 r. z terminem składania ofert wyznaczonym na 8.07.2010 r. i sprostowanie ogłoszeniem nr 2010/S 117-174710 opublikowanym 18.06.2010r. wysłane 16.06.2010 r., ze zmianą terminu składania ofert z 8.07.2010 r. na 14.07.2010 r. W tym ogłoszeniu zamawiający przywołał postępowanie oznaczone numerem referencyjnym EDZ. 242-50/10, którego dokumentacja również dostępna była na stronie internetowej zamawiającego, z tą różnicą, że pod podaną zakładką znajdowała się specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Reasumując stan faktyczny, zdaniem odwołującego, zamawiający wszczął dwa tożsame postępowania: jedno pod nr 2010/S 104 – 157915, opublikowane 1.06.2010 r. oraz drugie pod nr 2010/S 108 -163696, opublikowane 5.06.2010 r.

W obu postępowaniach różne były terminy składania ofert: w pierwszym: 8.07.2010 r., w drugim: 12.07.2010 r. Oba ogłoszenia zostały przez zamawiającego sprostowane:

- pierwsze ogłoszeniem o numerze 2010/S 117 – 174710, zmieniające termin składania ofert z 8.07.2010 r. na 14.07.2010 r.;
- natomiast drugie: ogłoszeniem o numerze 2010/S 123 -187030, zmieniające termin składania ofert z 12.07.2010 r. na 19.07.2010 r.

W związku z rozbieżnościami i niejasnością w kwestii terminów na składanie ofert w informacjach na stronie internetowej, odwołujący w dniu 30.06.2010 r. wniósł o wyjaśnienie zaistniałych nieprawidłowości oraz o zamieszczenie SIWZ w postępowaniu nr EDZ. 242 - 57/10, tak aby mógł skutecznie zapoznać się z jej treścią. Alternatywnie wniósł o unieważnienie obu postępowań na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na to, że są one obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odpowiedzi, pismem nr EDZ.242-57/10 z dnia 1.07.2010 r., zamawiający przekazał informację o unieważnieniu postępowania o numerze EDZ. 242 - 57/10 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczał, iż zamawiający nie ustosunkował się natomiast w żaden sposób do drugiego wszczętego postępowania. Strona internetowa dotycząca postępowania EDZ. 242 - 57/10 została w całości przez zamawiającego usunięta.

W opinii odwołującego, w wyniku działań zamawiającego (publikowanie dwóch ogłoszeń o jednym zamówieniu) i zaniechania zamawiającego (brak zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej), wykonawcy nie mogli jednakowo zapoznać się z dokumentacją przetargową, co spowodowało ich nierówne traktowanie względem tych wykonawców, którzy zapoznali się z innym ogłoszeniem. Odwołujący podkreślał, iż zasady udostępniania dokumentacji w postępowaniach przetargowych powinny być przejrzyste i jawne dla

wszystkich uczestników zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Zawite terminy na dokonanie stosownych czynności, w tym na korzystanie ze środków ochrony prawnej muszą zapewniać jednakowy dostęp do zamówienia wszystkim podmiotom znajdującym się na rynku. Wskazywał również, iż postępowanie prowadzone jest w procedurze powyżej progu 125.000 euro i zamówieniem mogą być również zainteresowani wykonawcy z całej Europy i nie tylko, co w związku z tak znacznymi rozbieżnościami może znacznie ograniczyć ich udział w postępowaniu. W przekonaniu odwołującego, nie jest możliwe konwalidowanie zaistniałych uchybień i nieściśłości poprzez unieważnienie jednego postępowania, a pozostawienie w toku drugiego. W obecnym stanie faktycznym z uwagi na zaistniałe wady postępowania, które są znaczące i nieusuwalne, zdaniem odwołującego, jedynym rozwiązaniem jest unieważnienie obu postępowań, ponieważ niewątpliwie umowa zawarta w wyniku tak przeprowadzonego postępowania podlegać będzie unieważnieniu. Na poparcie swego stanowiska odwołujący powołał się na orzecznictwo:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, o sygn. akt KIO/UZP 134/08: „Pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo - skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę.”

- wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-1206/07: „Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Zazwyczaj niemożność ta wiąże się z naruszeniem przez zamawiającego przepisów prawa, w tym ustawy Prawo zamówień publicznych. Musi być to rażące naruszenie przepisów ustawy, albo takie, które w istotny sposób oddziałuje na ważność wyboru oferty najkorzystniejszej.”

Odwołujący uznał, iż niewątpliwie zachodzi wada postępowania, co przyznał sam zamawiający unieważniając postępowanie EDZ. 242 - 57/10 i przywołując jako podstawę prawną tej czynności art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący wywodził, iż pierwszym źródłem z którego wykonawcy czerpią informacje o wszczętych postępowaniach jest odpowiednio Biuletyn Urzędu Zamówień Publicznych i Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. W zamówieniu na dostawę implantów źródło informacji było zdublowane, jednakże zapisy kluczowe, najistotniejsze dotyczące terminu składania ofert były rozbieżne.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na odwołanie w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp. Do postępowania odwoławczego na wezwanie zamawiającego, nie przystąpił w terminie określonym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem jednym odwołaniem można objąć wyłącznie czynności i zaniechania zamawiającego dotyczące konkretnego zindywidualizowanego postępowania o udzielenie zamówienia o ściśle oznaczonym numerze.

Izba uznała, że skoro odwołujący w dacie wniesienia odwołania posiadał informację o unieważnieniu przez zamawiającego jednego postępowania - na dostawę implantów laryngologicznych – wszczętego ogłoszeniem z 5.06.2010 r. 2010/S 108-163696, nr referencyjny EDZ. 242-57/10, o czym pisał w treści uzasadnienia, tym samym odwołanie zostało wniesione w postępowaniu - na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, wszczętego ogłoszeniem z 1 czerwca 2010 r. 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ. 242-50/10). Natomiast przywołane fakty dotyczące postępowania wszczętego ogłoszeniem z dnia 5 czerwca 2010 r. EDZ. 242 - 57/10, miały jedynie wskazywać okoliczności i dowody na nieprawidłowe działania zamawiającego.

Izba podzieliła również stanowisko odwołującego, iż z uwagi na taką samą nazwę nadaną obu zamówieniom - „dostawa implantów laryngologicznych,” z przywołaniem takiego samego kodu CPV i wszczęcie dwóch odrębnych postępowań prawie w jednym czasie, tj. dnia 1 i 5 czerwca 2010 r., mimo dookreślenia postępowania EDZ. 242 - 50/10, iż obejmuje ono „implanty uszne ślimakowe i zakotwiczone w kości,” a w przypadku postępowania EDZ. 242.57/10 - „72 pozycje asortymentowe,” to z uwagi na ten sam rodzaj przedmiotu zamówienia – „implanty laryngologiczne,” nieodzownym wręcz warunkiem było, aby oba postępowania w sposób wyraźny zostały rozgraniczone, w szczególności w zakresie odnoszącej się do nich dokumentacji, udzielanych wyjaśnień, obowiązujących terminów składania ofert i wnoszenia wadium. Specyfikacje przedmiotowe konkretyzujące przedmiot dostawy, stanowiły wprawdzie załączniki do SIWZ, lecz z uwagi na zaistniałe ograniczenia i opóźnienia w ich udostępnieniu, wykonawcy nie mieli możliwości skonfrontowania z przedmiotem zamówienia oznaczonym w opublikowanych ogłoszeniach.

Zamawiający jest uprawniony do przesuwania terminów składania ofert, jednakże przy równolegle prowadzonych podobnych postępowaniach, informacje na ten temat powinny zostać podane w ściśle wyznaczonym miejscu, odnoszącym się do właściwego - postępowania, a nie zdublowane w miejscach do tego nieprzeznaczonych. Przyznany fakt - braku zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przetargu EDZ. 242-57/10, we właściwym miejscu na stronie internetowej, a umieszczenie jej w dokumentacji powiązanej z przetargiem EDZ. 242 - 50/10, co stało się przyczyną unieważnienia

postępowania EDZ. 242 - 57/10 przez zamawiającego, stanowił istotną okoliczność dla rozstrzygnięcia złożonego odwołania.

Mimo, że termin składania ofert wraz ze zmianami podany został w ogłoszeniach o wymienionych wyżej zamówieniach, to zamawiający nie dokonał takich samych zmian w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, odnoszących się do tych postępowań, gdyż żadnych dowodów na tą okoliczność nie był w stanie przedłożyć.

Zdaniem Izby, nie zachodzą podstawy aby uznać, że odwołanie zostało wniesione na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu czy na treść specyfikacji. W ocenie Izby, odwołanie dotyczy wadliwego sposobu prowadzenia postępowania EDZ. 242 - 50/10, z naruszeniem zasady jawności, przejrzystości, przez co odwołujący jako zainteresowany uczestnictwem w przedmiotowym postępowaniu na dostawy przedmiotu zamówienia, mógł doznać szkody, uzasadniającej powoływanie się na interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Wiarygodne są też twierdzenia odwołującego, iż o nieprawidłowościach powziął wiadomość, w momencie kiedy zamierzał złożyć ofertę, a dostępne informacje dotyczące właściwej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotu zamówienia, terminu składania ofert, terminu wniesienia wadium były mylące. Wystąpienie do zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie prowadzonego postępowania, jako obarczonego nieusuwalną wadą, okazało się bezskuteczne, gdyż pismem z dnia 1 lipca 2010 r. zamawiający ograniczył się do unieważnienia jedynie wadliwego postępowania o numerze EDZ. 242 - 57/10, natomiast pozostawił w obrocie prawnym postępowanie EDZ. 242 - 50/10, tak samo obarczone nieusuwalną wadą, przez co popadł w stan zaniechania czynności, do której był zobowiązany przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Całokształt zaistniałych okoliczności, świadczących o nieprawidłowościach w postępowaniu był możliwy do ujawnienia, w ocenie Izby, nie wcześniej, niż w wyznaczonej pierwotnie dacie składania ofert 28 czerwca 2010 r., co przesądza iż odwołanie zostało wniesione w terminie.

Z wymienionych względów, Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach, stanowiących podstawę jego wniesienia, jak stanowi art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu z 1.06.2010 r. 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ. 242-50/10), z dnia 5.06.2010 r. 2010/S 108-163696, (nr referencyjny EDZ. 242-57/10), zmian wprowadzonych do wymienionych ogłoszeń: - 1) o numerze 2010/S 117 – 174710, zmieniającym termin składania ofert z 8.07.2010 r. na 14.07.2010 r; 2) ogłoszeniem o numerze 2010/S 123 - 187030, zmieniającym termin składania ofert z 12.07.2010 r. na 19.07.2010 r., ze

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udzielonych wyjaśnień do SIWZ oraz oferty złożonej przez wykonawcę Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. Mimo wezwania do przedłożenia dokumentacji, zamawiający nie udostępnił Izbie protokołu postępowania z załącznikami.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta odwołującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Nie zachodziły podstawy do kwestionowania interesu wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej, w sytuacji gdy odwołujący utrzymywał, iż czynności i zaniechania zamawiającego naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, pozostawały niezgodne z wymogiem ustawowym równego traktowania wykonawców i zapewnienia reguł uczciwej konkurencji, a nadto pozbawiły odwołującego możliwości złożenia konkurencyjnej oferty i uzyskania zamówienia.

Rozpatrując sprawę merytorycznie w granicach podnoszonych faktycznych zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza, oprócz opisanych wyżej okoliczności ustaliła co następuje.

Zamawiający na zapytanie wykonawcy Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z dnia 8.06.2010 r., dotyczące przetargu nieograniczonego na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, wszczętego ogłoszeniem z 1.06.2010 r. 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ. 242-50/10), odpowiedział w następujący sposób „W związku z wątpliwościami uczestników postępowania dotyczącymi treści SIWZ - jaki termin składania oraz otwarcia ofert wyznacza Zamawiający, gdyż w punkcie VI.2 SIWZ wskazuje datę składania ofert 28.06.2010 godz. 11:00, zaś w punkcie XI.1 termin otwarcia to 8.07.2010 r. godzina 11:15? Graniczna data wpłaty wadium to 8.07.2010 r. W związku z korektą ogłoszenia w zakresie zmiany terminu składania ofert spowodowanej opóźnieniem w zamieszczeniu procedury przetargowej na stronie internetowej, zamawiający zgodnie z art. 12a pkt 1 Pzp przesuwa termin składania ofert o okres wynikający z powyższego artykułu.:

- termin składania ofert oraz wadium – 14 lipca 2010 r.
- termin otwarcia ofert – 14 lipca 2010 r.
- termin związania ofertą – 60 dni od dnia otwarcia ofert.”

Z ustaleń tych wynika, iż dokumentacja (specyfikacja istotnych warunków zamówienia) została umieszczona na stronie internetowej zamawiającego, ze zwłoką w stosunku do nakazanego art. 42 ust. 1 ustawy Pzp terminu zbieżnego z datą ogłoszenia o zamówieniu.

Ewidentnie termin wniesienia wadium – 8 lipca 2010 r. nie pokrywał się z terminem składania ofert, tak wyznaczonym pierwotnie na 28 czerwca 2010 r., jak i zmienionym na 14 lipca 2010 r., a przytoczone wyjaśnienie zamawiającego opatrzone jest datą 16.07.2010 r., czyli wynika z niego, że zostało udzielone po wyznaczonym terminie złożenia ofert. Ponadto zamawiający przyznał, iż postępowanie prowadził wadliwie – z opóźnieniem zamieszczenia wymaganych informacji na stronie internetowej.

Zamawiający wszczął następujące postępowania na analogiczny rodzaj przedmiotu zamówienia:

- na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, ogłoszeniem z 1.06.2010 r. 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ. 242-50/10), zmienionego ogłoszeniem o numerze 2010/S 117 – 174710, zmieniając termin składania ofert z 8.07.2010 r. na 14.07.2010 r.;
- na dostawę implantów laryngologicznych – ogłoszeniem z 5.06.2010 r. 2010/S 108-163696, (nr referencyjny EDZ. 242-57/10), zmienionego ogłoszeniem 2010/S 117-174710, gdzie termin składania ofert został przesunięty z 14.07.2010 r. na 19.07.2010 r.
- na dostawę implantów laryngologicznych – ogłoszeniem z 13.07.2010 r. 2010/S 133-204238, (nr referencyjny EDZ. 242 - 80/10).

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt VI) dla postępowania 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ. 242-50/10) zamawiający podał termin składania ofert 28.06.2010 r, termin wniesienia wadium 8.07.2010 r. Jako data wysłania ogłoszenia o sprostowaniu pierwszego ogłoszenia widnieje 27.05.2010 r. Na zapytanie wykonawcy - Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. z dnia 8.06.2010 r. o wyjaśnienie ujawnionych niezgodności, zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2010 r. powiadomił o wyznaczeniu nowego terminu składania ofert w dniu 14 lipca 2010 r. Na podstawie notatki sporządzonej przez pracownika sekretariatu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2010r. p. Doroty Witak z rozmowy telefonicznej z p. Renatą Wadowską pracownikiem zamawiającego, Izba ustaliła, iż zamawiający unieważnił postępowanie na dostawę implantów laryngologicznych – wszczętego ogłoszeniem z 5.06.2010 r. 2010/S 108-163696, (nr referencyjny EDZ. 242-57/10), gdyż dokumenty dotyczące tego postępowania (w tym specyfikacja istotnych warunków zamówienia), omyłkowo zostały zamieszczone na stronie internetowej, w miejscu dotyczącym postępowania na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, wszczętego ogłoszeniem z 1.06.2010 r. Okoliczność tą potwierdził w trakcie rozprawy pełnomocnik zamawiającego. Pismo o unieważnieniu tego postępowania z powołaniem się na jego numer referencyjny EDZ. 242-57/10, nosi datę 1 lipca 2010 r. Pełnomocnik zamawiającego wyjaśnił, iż złożona została

oferta tylko jednego wykonawcy Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, której ocena i wybór dotychczas nie zostały przeprowadzone. Na stronie internetowej zamawiającego, dokumenty dotyczące postępowania EDZ. 242-50/10 dostępne są w postępowaniach zakończonych, gdyż jak oświadczył pełnomocnik zamawiającego, takie są uwarunkowania wynikające z programu komputerowego, obsługującego procedury zamówień publicznych.

Izba zważyła co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Wszelkie informacje o zamówieniu powinny zostać udostępnione wykonawcom jednolicie - na równych prawach, w miejscu i czasie podanym przez zamawiającego w zgodności z wskazaniami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przygotowana i udostępniana przez zamawiającego dokumentacja nie może zawierać rozbieżnych informacji. Dla przejrzystości postępowania, niezbędne jest, aby wszelkie dane zawarte tak w ogłoszeniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostawały w wewnętrznej zgodności i spójności, czego jak wykazało postępowanie dowodowe, nie można powiedzieć ani o przetargu EDZ. 242-50/10, ani też o postępowaniu EDZ. 242-57/10 prowadzonym przez zamawiającego.

Izba przyznała zatem rację odwołującemu, iż w tych okolicznościach wykonawcy mogli czuć się dezorientowani - co do identyfikacji postępowania, w którym zamierzali uczestniczyć, przy bardzo zbliżonym lub analogicznym z nazwy przedmiocie zamówienia, co do zakresu zamówienia, odnoszącej się dokumentacji, podanymi rozbieżnymi terminami składania ofert i zabezpieczenia oferty wadium. Dodatkowo chaos ten pogłębiło opublikowanie na stronie internetowej dla postępowania EDZ. 242-50/10, dwóch różnych specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wprawdzie próbował w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu w trybie art. 12 a ustawy Pzp, prostować pierwotne - rozbieżne dane, ale brak jest informacji o zamieszczeniu sprostowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, który to dokument zawierał oczywistą niezgodność z przepisem art. 45 ust. 3 ustawy Pzp przez dyspozycję co do wniesienia wadium z niepokrywającym się z terminem wyznaczonym na składanie ofert. Ponadto brak dokonania zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, także w odniesieniu do zmienionych terminów składania ofert, przyznał pełnomocnik zamawiającego swoim oświadczeniem do protokołu rozprawy. Samo zamieszczenie na stronie internetowej dwóch różnych specyfikacji dla jednego zamówienia, w ocenie Izby, stwarzało wykonawcom trudność ustalenia właściwej - odnoszącej się do danego postępowania dokumentacji,

niezbędnej dla prawidłowego przygotowania i złożenia oferty. Ujawnione wady postępowania naruszały zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, a ich rodzaj spowodował, że mają charakter nieusuwalny, chociażby z uwagi na upływ terminu składania ofert. Gdy zamawiający w tym samym czasie wszczyna postępowania na ten sam lub zbliżony przedmiot zamówienia, winien szczególnie zadbać o jednoznaczność udostępnianej dokumentacji i udzielanych informacji oraz przejrzystość postępowania, aby wszyscy wykonawcy zainteresowani udziałem w przetargu mieli zapewniony równy dostęp do zamówienia. Okoliczność, iż jeden wykonawca zdołał złożyć ofertę, nie stanowi dowodu, iż przyznane wady postępowania nie ograniczyły dostępu do zamówienia większej liczbie zainteresowanych wykonawców i możliwości wyboru oferty na zasadach konkurencyjnych.

Postępowanie dowodowe potwierdziło trafność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów:

- art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, przez przekazanie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich dwóch tożsamyh co do rodzaju przedmiotu zamówienia ogłoszeń o zamówieniu, bez ich dostatecznego rozróżnienia, wprowadzając tym samym wykonawców w błąd i naruszając zasadę uczciwej konkurencji;

- art. 37 ust. 2 ustawy Pzp, przez zamieszczenie dwóch różnych specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego w przypadku postępowania, którego dotyczy odwołanie EDZ. 242-50/10.

Ponadto zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do przesuwanych terminów składania ofert i wyznaczonego terminu zabezpieczenia ofert wadium, który wbrew wymaganiom art. 45 ust. 3 ustawy Pzp nie pokrywał się z terminem składania ofert,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez niezapewnienie równego dostępu do informacji o zamówieniu.

Sposób prowadzenia przez zamawiającego postępowania ograniczał wykonawcom dostęp do zamówienia, utrudniał prawidłowe przygotowanie i złożenie oferty. Z tych względów Izba uznała, iż postępowanie - na dostawę implantów laryngologicznych – usznych ślimakowych i zakotwiczonych w kości, wszczęte ogłoszeniem z 1.06.2010 r. 2010/S 104-157915 (nr referencyjny EDZ. 242-50/10), obarczone jest istotną i nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w rozumieniu art. 93 ust. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z poglądem wyrażonym w postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4.11.2005 r. „wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.” W sytuacji, gdy postępowanie prowadzone było

w sposób wadliwy, z naruszeniem zasady jawności i transparentności czynności zamawiającego i stawianych wykonawcom wymagań, krąg podmiotów zdolnych złożyć ofertę został ograniczony, a naruszenie wskazanych przepisów ustawy mogło, zdaniem Izby, mieć wpływ na wynik postępowania. W takich okolicznościach – tj. naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ustawa Pzp w art. 146 ust. 6 upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w przypadku zawarcia umowy, do wystąpienia na drogę sądową o jej unieważnienie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 tej ustawy, gdyż naruszenie przepisów ustawy mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł. tytułem zwrotu wpisu 15 000,00 zł i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....