

Sygn. akt KIO 1604/10

**WYROK**  
z dnia 11 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Anna Chudzik**  
**Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Składnicę Artykułów Masowych "Węglopasz" Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał Sp. j., 86-031 Żołędowo gm. Osielsko, ul. Koronowska 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67-100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7** protestu z dnia 6 lipca 2010 r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Wielospecjalistycznemu Szpitalowi Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67-100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;**

**2. kosztami postępowania obciąża Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67-100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7 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 uiszczonego przez **Składnicę Artykułów Masowych "Węglopasz" Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał Sp.J., 86-031 Żołędowo gm. Osielsko, ul. Koronowska 38;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67-100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7** na rzecz **Składnicy Artykułów Masowych "Węglopasz" Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał Sp.J., 86-031 Żołędowo gm. Osielsko, ul. Koronowska 38** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) 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 **Składnicy Artykułów Masowych "Węglopasz" Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał Sp.J., 86-031 Żołędowo gm. Osielsko, ul. Koronowska 38.**

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

Zamawiający - Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa lub Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa mialu węglowego M II.

Pismem z 2 lipca 2010 r. przekazany za pośrednictwem faksu zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania z uwagi na uprzednie wadliwe wykluczenie P.W. Atex Sp. z o. o. w Pilchowicach.

Wobec czynności unieważnienia postępowania odwołanie poprzedzone protestem wniosła Składnica Artykułów Masowych "Węglopasz" Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał Spółka jawna w Żołędowie. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 Pzp przez niezgodne z przepisami dokonanie czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący się wskazał, że jego oferta została wybrana spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, jako najkorzystniejsza a dokonanie przez zamawiającego unieważnienia postępowania uniemożliwia mu zawarcie umowy i wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący się w proteście i odwołaniu wywiódł, że zamawiający nie może uznawać wykluczenia P.W. Atex Sp. z o. o. z udziału w postępowaniu za dokonane wadliwie, gdyż uzupełniona przez spółkę opinia bankowa nie odpowiada prawu – nie potwierdza posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie później, niż w terminie składania ofert. Odwołujący się powołał pogląd zawarty w orzecznictwie Izby oraz podnoszony w doktrynie, zgodnie z którym, uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert, mają jednak potwierdzać spełnianie warunków na wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin - najpóźniej na dzień składania ofert. Podniósł, że z przedstawionej przez P.W. Atex Sp. z o. o. opinii, złożonej w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp a wystawionej po dniu składania ofert nie wynika jednoznacznie, iż potwierdza ona stan na dzień składania ofert. Odwołujący się stwierdził, że decyzja o wykluczeniu P.W. Atex Sp. z o. o. była poprawna, nie nastąpiło naruszenie przepisów uzasadniające unieważnienie postępowania. Odwołujący się wskazał nadto, że zamawiający pomimo wniesienia protestu na unieważnienie postępowania ponownie ogłosił przetarg nieograniczony o podobnym przedmiocie zamówienia.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 6 lipca 2010 r., odwołanie 28 lipca 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający oddalił protest pismem z 19 lipca 2010 r. i tego dnia drogą faksową poinformował o rozstrzygnięciu odwołującego się. Zamawiający oświadczył w uzasadnieniu, w związku ze złożeniem odwołania przez P.W. ATEX Sp. z o. o. dokonał analizy czynności podjętych w toku postępowania pod kątem podniesionych w odwołaniu zarzutów i stwierdził, że mimo braku możliwości rozpoznania zarzutów odwołania przez Izbę, są one uzasadnione. Zamawiający wywiódł, że dyskwalifikując opinię bankową przedłożoną przez P.W. ATEX Sp. z o. o. z uwagi na wystawienie jej po dacie składania ofert, wykazał się formalizmem nie znajdującym oparcia w obowiązujących przepisach oraz orzecznictwie Izby. Zamawiający uznał, że treść opinii bankowej z 4 marca 2010r., potwierdza spełnianie przez P.W. ATEX Sp. z o. o. warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Wykluczenie P.W. ATEX Sp. z o. o. nastąpiło więc z naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta P.W. ATEX Sp. z o. o. była ofertą najkorzystniejszą, a

wadliwa decyzja o wykluczeniu uniemożliwiło dokonanie jej wyboru. Wobec powyższego wybór oferty odwołującego się nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2010/S13-016585 20 stycznia 2010 r.

Zamawiający ustalił termin składania ofert na 2 marca 2010 r. W postępowaniu złożono 5 ofert.

8 marca 2010 roku zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał P.W ATEX Sp. z o. o. w Pilchowicach – jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia - do złożenia aktualnej opinii bankowej oraz oświadczenia wykonawcy potwierdzającego dostęp do środków transportu przystosowanych do przewozu mialu węglowego. Wezwany wykonawca przesłał opinię bankową z 4 marca 2010 r. oraz oświadczenie potwierdzające dostęp do środków transportu do przewozu mialu węglowego.

26 marca 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – złożonej przez odwołującego się – oraz o wykluczeniu z postępowania P.W ATEX Sp. z o. o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp i o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Zamawiający ocenił, że złożona przez P.W. ATEX Sp. z o. o. opinia bankową wystawiona została po dacie składania ofert, zatem nie spełniała wymogu aktualności określonego w siwz.

P.W ATEX Sp. z o. o. nie zgodziło się z decyzją zamawiającego i 1 kwietnia 2010 roku, złożyło odwołanie, które nie zostało poprzedzone protestem.

Postanowieniem z 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 591/10 Krajowa Izba Odwoławcza, wobec cofnięcia odwołania umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odwołujący się 4 maja 2010 r. złożył pismo w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą i złożonego wadium. Pismem z tego samego dnia zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art.93 ust. 1 pkt 7 Pzp z powodu upływu terminu związania ofertą, co skutkuje brak możliwości zawarcia ważnej umowy z odwołującym się.

Wobec czynności unieważnienia postępowania odwołujący się wniósł protest, a następnie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z 15 czerwca 2010 r. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania (sygn. akt KIO /10710).

Zamawiający nie zawarł umowy z odwołującym się a ponownie unieważnił postępowanie, wobec czego odwołujący się podniósł aktualnie rozpatrywane zarzuty.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie powołanych pism i orzeczeń oraz po wysłuchaniu stanowisk stron.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Zamawiający wszczął postępowanie przed 29 stycznia 2010r. tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw ( Dz. U. Nr 223 poz. 1778), zatem zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej do rozpoznania odwołania znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące przed wejściem w życie nowelizacji.

Art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie powołanego przepisu - istnienie wadliwości postępowania oraz brak możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego - połączone są normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia procedury – udzielenie zamówienia publicznego – nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter *numerus clausus* i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do normy art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp oznacza to, że wada tkwiąca w postępowaniu musi mieć tak doniosły charakter, że powoduje bezwzględną nieważność umowy. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający negatywny wpływ na umowę. Zgodnie ze stanowiskiem piśmiennictwa i judykatury wada postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp jest związana z zaistnieniem przesłanek nieważności umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 pkt 5) i 6) Pzp. Istotna jest zatem ocena, czy na obecnym etapie postępowania uznanie przez zamawiającego, że czynności wykluczenia P.W. ATEX Sp. z o. o. dokonał wadliwie stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy lub naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania (wada postępowania).

W ocenie Izby obecnie nie można uznać, że wykluczenie P.W. ATEX Sp. z o. o. stanowi wadę postępowania. Analiza okoliczności wykluczenia tego wykonawcy wskazuje, że nie mają one żadnego wpływu na możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z odwołującym się, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

P.W. ATEX Sp. z o. o. wobec czynności wykluczenia wniósł odwołanie, które wbrew wymaganiom przepisów ustawy, pod rządami których toczy się postępowanie, nie było poprzedzone protestem. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone przez Izbę wskutek wycofania odwołania. Z dniem wydania postanowienia przez Izbę czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu P.W. ATEX Sp. z o. o. z postępowania stała się ostateczna, wykonawca utracił status uczestnika postępowania. Okoliczność, że zarzuty dotyczące wykluczenia P.W. ATEX Sp. z o. o. nie zostały na wcześniejszym etapie rozpoznane przez Izbę wywołane zostało zatem brakiem należytej staranności ze strony

wykonawcy. P.W. ATEX Sp. z o. o. jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego winien być świadomy stanu prawnego, w szczególności odnoszącego się do sfery swoich uprawnień, oraz konsekwencji wynikających z przepisów.

Podnieść też należy, że zamawiający, w razie uznania, że wykluczenie P.W. ATEX Sp. z o. o. nastąpiło niezgodnie z przepisami ustawy, mógł w stosownym czasie uchylić się od skutków oświadczenia woli. Zamawiający otrzymał kopię odwołania P.W. ATEX Sp. z o. o. oraz był stroną postępowania odwoławczego, zatem miał możliwość ponownej oceny zgodności czynności wykluczenia z przepisami ustawy. Zamawiający może uchylić się od skutków swoich oświadczeń woli nie tylko w wyniku wnoszenia środków ochrony prawnej, może to uczynić również z własnej inicjatywy. Taka czynność winna jednak nastąpić w odpowiednim terminie, umożliwiającym zniesienie skutków dokonanych błędnie czynności, tak, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mogło się toczyć w taki sposób, jakby wadliwe czynności nie miały miejsca.

Podkreślić należy, że zamawiający nie skorzystał z możliwości odniesienia się do zarzutów podnoszonych przez P.W. ATEX Sp. z o. o. w odpowiednim terminie, a przywrócenie tego wykonawcy do udziału w postępowaniu jest niemożliwe. Uczynił to dopiero po okresie przeszło trzech miesięcy. Izba nie dała wiary stanowisku, że przeszło trzymiesięczna zwłoka spowodowana była wewnętrzną organizacją zamawiającego i uznała, że zamawiający podnosi ten argument jedynie dla uzasadnienia zaniechania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Treść oświadczeń i dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter ocenny. Zamawiający, który zaniechał we właściwym czasie ich ponownej weryfikacji nie może z braku dołożenia przez siebie należytej staranności wywodzić negatywnych skutków dla odwołującego się - wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. Sytuacja taka nie stanowi wady uzasadniającej czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp. Podnieść też należy, że przepisy ustawy pozwalają na rozpoznawanie zarzutów dotyczących czynności lub zaniechań przez zamawiającego czynności do dokonania których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy jedynie przy zachowaniu przesłanek formalnych. Zatem niezależnie od wskazania, że P.W. ATEX Sp. z o. o. utracił już status uczestnika postępowania, wskazać należy, że upłynął już termin na kwestionowanie prawidłowości czynności wykluczenia dokonanej 26 marca 2010 r.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe. W badanym postępowaniu sytuacja taka nie ma miejsca ponieważ zamawiający może zawrzeć umowę z odwołującym się. Nie istnieje podstawa do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy zamawiający wykluczył wykonawcę, którego oferta jedynie hipotetycznie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Nie można przyjąć, że w takiej sytuacji zaistniało naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania. Ewentualne błędne decyzje zamawiającego dotyczące innego wykonawcy, których wzruszenie nie jest już

możliwe, nie mają żadnego wpływu na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji zamawiający winien zawrzeć umowę z wykonawcą, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust.1 oraz art. 191 ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego się, zgodnie ze złożonym rachunkiem, Izba obciążyła zamawiającego.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....