

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 roku przez wykonawcę **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie, z siedzibą w Olsztynie**

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedmiu tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie, z siedzibą w Olsztynie** prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. *„Sukcesywna dostawa materiałów medycznych do bezpiecznego podawania chemioterapii w zakresie pakietu nr 2 (znak sprawy ZPZ-J5/03/19)”*.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 542431-N-2019 dnia 2019-04-29 roku. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co potwierdzają zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W dniu 1 lipca 2019 roku wykonawca **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi** (dalej „Odwołujący”) wniósł w prowadzonym postępowaniu odwołanie od czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 25 czerwca 2019 roku dotyczącym czynności unieważnienia postępowania prowadzonego na sukcesywną dostawę materiałów medycznych do bezpiecznego podawania chemioterapii w zakresie pakietu nr 2 (znak sprawy ZPZ-15/03/19) Zamawiający poinformował, iż czynności tej dokonał na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W piśmie Zamawiający stwierdził, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy, poprzez niezgodne z przepisami ustawy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy — poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawców niespełniających wymogów SIWZ,
- 3) art. 93 ust. 3 ust. 2- poprzez zaniechanie wskazania podstaw prawnych i faktycznych czynności unieważnienia postępowania,

4) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert,
- 4) uznanie że, najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m. in. w komentarzu do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Bezzasadnie uznał, że postępowanie powinno zostać unieważnione. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy (bezpodstawne unieważnienie postępowania) naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakikolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych.

Informacja o unieważnieniu postępowania została Odwołującemu przekazana w dniu 26 czerwca 2019 r., zatem wniesienie odwołania zostało dokonane z zachowaniem przepisanej terminu. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu.

Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości dla wartości postępowania na rachunek UZP.

Do momentu wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na usługi, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyło czynności unieważnienia postępowania.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty

Skład orzekający uznał, iż odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy czynności unieważnienia postępowania i okoliczności dotyczących tej czynności, to jest sposobu

uzasadnienia, czyli wskazania podstaw prawnych i faktycznych decyzji o unieważnieniu. Odwołanie w treści merytorycznej nie zawiera żadnych innych zarzutów związanych z zaniechaniem czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, choć formalnie w petitum odwołania taki zarzut wskazano. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. Zarzuty dotyczące tego typu czynności zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o określonych, wyspecyfikowanych czynnościach.

Reasumując, zarzuty dotyczące tego typu jak opisane w rozpoznawanym odwołaniu zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie nie ma mowy o czynności unieważnienia postępowania. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Izby oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiej czynności. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia o kosztach. W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący: