

Sygn. akt: KIO 1792/11

WYROK
z dnia 1 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nic. – Aug. – Otto Str. 7a, Holzhausen 56357, Niemcy** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa Radiofarmaceutyków PET – 3 pakiety” (znak DZP/270/98/11)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania w wysokości 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego

przez **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nic. – Aug. – Otto Str. 7a, Holzhausen 56357, Niemcy,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa** na rzecz **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nic. – Aug. – Otto Str. 7a, Holzhausen 56357, Niemcy** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 1 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1792/11

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa Radiofarmaceutyków PET – 3 pakiety” (znak DZP/270/98/11).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **29.06.2011 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **30.06.2011 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 123-204182.

W dniu **10.08.2011 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 1.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.08.2011 r.** od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący w związku z powyższym zarzutem wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu niniejszego postępowania w zaskarżonym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, jak również Odwołujący może ponieść w wyniku działań Zamawiającego realną i możliwą do oszacowania szkodę obejmującą przede wszystkim utracone przez Odwołującego zyski z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, chociaż oferta Odwołującego jako jedyna w tym postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 nie podlegała odrzuceniu, a nie istnieją podstawy faktyczne i prawne, które pozwoliłyby Zamawiającemu na unieważnienie niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający w piśmie z dnia 10.08.2011 r. poinformował o unieważnieniu postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 1 i 2 stanowiących odrębne części zamówienia. W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający wskazał, iż w Rozdz. IV pkt 2 ppkt 2.2. SIWZ żądał świadectwa dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie Polski zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010r., których uzyskanie przez wykonawców jest niemożliwe, gdyż przedmiot zamówienia nie jest wyrobem medycznym, lecz produktem leczniczym podlegającym ustawie z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1381 z późn. zm.).

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, iż faktycznie przedmiotem zamówienia w zakresie wszystkich pakietów jest dostawa na rzecz Zamawiającego radiofarmaceutyków PET, w tym w ramach pakietu nr 1, o który ubiegał się Odwołujący, radiofarmaceutyku o nazwie Fludeoxyglucosum [8F], zwany także 18-FDG. Jak wskazał Odwołujący radiofarmaceutyki są bez wątpienia, zgodnie z art. 2 pkt 32 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. z 2008 r. Dz. U. Nr 45, poz. 271ze zm.), produktem leczniczym. Następnie Odwołujący podniósł, iż zgodnie z powyższą ustawą „produktem leczniczym” jest substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne. Na tej zasadzie oczywistym jest także, w ocenie Odwołującego, iż oferowany przedmiot zamówienia musi posiadać dopuszczenie do obrotu wydane w trybie ustawy - Prawo farmaceutyczne. Jak wskazał Odwołujący zgodnie z art. 2 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych „wyrobem medycznym” jest narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia, c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego, d) regulacji poczęć - których zasadnicze zamierzone działanie w ciele lub na ciele ludzkim nie jest osiągnięte w wyniku zastosowania środków farmakologicznych, immunologicznych lub metabolicznych, lecz których działanie może być wspomagane takimi środkami.

W ocenie Odwołującego nie może być wątpliwości, chociażby poprzez zestawienie przywołanych definicji ustawowych „produktu leczniczego” i „wyrobu medycznego”, iż Zamawiający w SIWZ dopuścił się oczywistej omyłki pisarskiej nie mającej znaczenia dla

prawidłowości postępowania. Następnie Odwołujący podniósł, iż o przedmiotowe zamówienie ubiegają się profesjonaliści, którzy z założenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp muszą się legitymować posiadaniem wiedzy i doświadczenia. Tym samym dla ubiegających się o zamówienie na dostawę radiofarmaceutyków PET winno być oczywiste, iż chodzi o produkt leczniczy, a nie wyrób medyczny, co przesądza o wymaganych zgodnie z prawem pozwoleńiach do wykonywania działalności objętej zamówieniem.

Dla wykonawców ubiegających się o zamówienie (Odwołujący oraz IASON GmbH) przedmiotowa kwestia również, zdaniem Odwołującego, nie budziła wątpliwości - obaj wykonawcy bowiem nie kwestionując zapisów SIWZ, tj. przyjmując, iż po stronie Zamawiającego doszło do oczywistej omyłki w zakresie wskazania podstawy prawnej wydania decyzji na dopuszczenie do obrotu produktu objętego przedmiotem zamówienia, złożyli wraz z ofertą decyzje wydane przez Ministra Zdrowia w trybie ustawy - Prawo farmaceutyczne, dopuszczające oferowane przez nich radiofarmaceutyki do obrotu na terenie Polski. Innymi słowy, jak wskazał Odwołujący, oferowane przez wykonawców produkty lecznicze mają odpowiednie (zgodne z właściwymi przepisami) pozwolenia dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie Polski, brak jest tym samym podstaw do przyjęcia, iż umowa zawarta z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w tym postępowaniu, podlegałaby unieważnieniu.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przesłanką unieważnienia jest nie tylko wada postępowania. Wada ta musi bowiem powodować, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. W ocenie Odwołującego taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Jak wskazał Odwołujący żaden taki przypadek nie zachodzi w niniejszej sprawie, gdyż Zamawiający w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania nie wskazuje spełnienia powyższej przesłanki, ograniczając jedynie do opisu popełnionego błędu w SIWZ i przywołania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowa omyłka Zamawiającego w SIWZ nie miała i mogła mieć wpływu na wynik postępowania - o zamówienia w Polsce na dostawę farmaceutyków z powodu właśnie dopuszczeń do obrotu ubiegają się wyłącznie wykonawcy, którzy byli uczestnikami przedmiotowego postępowania i którzy, co wymaga szczególnego podkreślenia, w tym postępowaniu złożyli prawidłowe dopuszczenia do obrotu wydane zgodnie z Prawem farmaceutycznym. W zasadzie o umowie podlegającej unieważnieniu można by było mówić jedynie w przypadku, w ocenie Odwołującego, gdyby oferowane radiofarmaceutyki nie miały dopuszczenia do obrotu zgodne z prawem (w tym przypadku Prawem farmaceutycznym). Jak wskazał Odwołujący w dalszej części uzasadnienia nie

mogą być bowiem legalnie zawierane transakcje mające za przedmiot produkty lecznicze wyłączone z obrotu. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie, co w ocenie Odwołującego, potwierdzają pozwolenia złożone przez wykonawców w tym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy brak jest, zdaniem Odwołującego, podstaw do stwierdzenia, iż omyłka Zamawiającego z Rozdz. IV pkt 2 ppkt 2.2. SIWZ uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i tym samym odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 31.08.2011 r. Zamawiający złożył pismo stanowiące odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez Odwołującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Zdaniem Izby, Odwołującemu, którego oferta zawierała najniższą cenę i mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w przypadku braku unieważnienia przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego przysługiwałoby roszczenie o zawarcie umowy. Oznacza to, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazania dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo i mieszczącej się w kwocie, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (na co jednoznacznie wskazuje dokumentacja postępowania), Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia, jak również dowody zawnioskowane przez Odwołującego w toku rozprawy w postaci pisma Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, fragmentu oferty złożonej w innym postępowaniu przez wykonawcę Radio Air Express Spółka z o.o. oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Izba uznała zestawienie tabelaryczne postępowań mających za przedmiot zakup farmaceutyku 18F-FDG za stanowisko własne Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ zatytułowanym „Uszczegółowienie przedmiotu dostawy i obowiązków wykonawcy” w pkt 2 zatytułowanym „Wymagane świadectwa” ppkt 2.2 wskazał, że: „Oferowany przedmiot zamówienia musi

posiadać ważne świadectwa dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie Polski zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. – do potwierdzenia kopią dokumentu dostarczonego do oferty – dot. Pakietu 1 – 2”.

Po drugie Izba ustaliła, iż powyższy wymóg nie został zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu.

Po trzecie Izba ustaliła, iż w ramach pakietu nr 1 oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. IASON GmbH, Feldkirchner StraÙe 4, A-8054 Gratz, Austria z ceną ofertową wynoszącą 3.132.000,00 zł brutto oraz Odwołujący z ceną ofertową wynoszącą 3.211.920,00 zł brutto. Izba ustaliła również, iż Zamawiający w zakresie pakietu nr 1 wykluczył wykonawcę IASON GmbH, Feldkirchner StraÙe 4, A-8054 Gratz, Austria. Ponadto z protokołu postępowania dla pakietu nr 1 (Druk ZP-PN) wynika, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3.430.000,00 zł.

W złożonych ofertach wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia przedstawili (dla IASON GmbH na str. 55-139, dla Odwołującego na str. 67-82) właściwe dokumenty przedmiotowe w postaci świadectw dopuszczenia oraz decyzji odnoszących się do zaoferowanego asortymentu w oparciu o stosowne przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), Wśród tychże dokumentów znajdują się decyzje zawierające dopuszczenie do obrotu zaoferowanego przez wykonawców w ramach pakietu nr 1 produktu leczniczego.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 10.08.2011 r. poinformował o unieważnieniu postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 i 2, stanowiących odrębne części zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający wskazał, iż: (..) Postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w Rozdz. IV pkt 2 ppkt 2.2. SIWZ żądał świadectwa dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie Polski zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010r., których uzyskanie przez wykonawców jest niemożliwe, gdyż przedmiot podlegający zamówieniu nie jest wyrobem medycznym, lecz produktem leczniczym podlegającym ustawie Prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 126, poz. 1381 z późn. zm.).

Na powyższą czynność Zamawiający złożył odwołanie.

Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego wraz z przywołanymi na jej potwierdzenie dowodami z dokumentacji postępowania.

Na wstępie należy wskazać, iż instytucja unieważnienia postępowania ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, iż obowiązek wykazania, iż czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na zamawiającym. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym i stosownie do treści art. 93 ust. 3 ustawy Pzp fakt ten powinien zostać jednocześnie uzewnętrzniony wszystkim wykonawcom. Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem organizowania postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma po stronie Zamawiającego woli do zawarcia umowy. Ogłoszenie postępowania jest tym samym swego rodzaju przyrzeczeniem publicznym.

Jednocześnie, ze względu na podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ze względu na doniosłość czynności unieważnienia postępowania polegającą na zniweczeniu wszystkich skutków prawnych i faktycznych związanych z wszczęciem postępowania, złożeniem wniosków lub ofert przez wykonawców i dokonaniem przez zamawiającego w toku postępowania określonych czynności prawnych i faktycznych unieważnienie postępowania musi być wynikiem niezależnych od zamawiającego okoliczności. Wyjątek od tej zasady może nastąpić jedynie w stosunku do przesłanki uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż najczęściej wada o której mowa w powyższym przepisie jest skutkiem błędów zamawiającego poczynionych na etapie przygotowywania lub prowadzenia postępowania. W tym wypadku jednak zamawiający będzie zobligowany do zwrotu wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty stosownie do treści art. 93 ust. 4 ustawy. Jednakże, jak wskazano

wyżej, Zamawiający winien udowodnić, iż została wypełniona przesłanka zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła zaprezentowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie argumentacji. Wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10.08.2011 r. podstawą prawną unieważnienia przedmiotowego postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia literalna ww. przepisu wskazuje, iż istnienie przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nastąpi jedynie w przypadku, gdy wada postępowania jest nieusuwalna i pomiędzy wadą postępowania istnieje związek przyczynowo – skutkowy, który prowadziłby do możliwości unieważnienia zawartej umowy w całości. Powyższe należy odnieść do treści art. 146 ust. 1 pkt 1 – 6 ustawy Pzp, w którym został zawarty katalog przesłanek powodujących konieczność unieważnienia umowy. Charakter tychże przesłanek wskazuje, iż dotyczą one istotnych elementów postępowania mających wpływ na zachowanie podstawowych zasad udzielania zamówień (zasady jawności, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady określającej podstawowe tryby udzielenia zamówień) i dotyczą stosowania trybów konkurencyjnych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, zawarcia umowy przed upływem terminu na wniesienie odwołania lub w przypadku jego wniesienia przed jego ostatecznym rozstrzygnięciem, uniemożliwienia składania ofert wykonawcom w ramach dynamicznego systemu zakupów, udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w ustawie. Ponadto zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę podstawę faktyczną dokonanej przez Zamawiającego czynności, trudno doszukać się jej wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Izby Zamawiający nie wykazał, iż zaistniała którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp skutkujących z mocy prawa koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający nie odniósł podstawy prawnej i faktycznej swojej decyzji do wskazanych w ustawie przesłanek regulujących przypadki możliwości unieważnienia umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego.

Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę i jej przyszły byt.

Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym. To na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne. Samo wskazanie okoliczności faktycznych, z którymi Zamawiający wiąże konieczność unieważnienia postępowania nie jest wystarczające. Zamawiający winien wykazać jaki wpływ na los przyszłej umowy i ewentualną możliwość jej unieważnienia ma wskazana przez Zamawiającego okoliczności, tj. Zamawiający winien wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zaistniałą wadą a wadą umowy i możliwością jej unieważnienia w przyszłości.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał istnienia powyższych okoliczności i wzajemnych relacji pomiędzy wadą postępowania a możliwością unieważnienia umowy.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia zawartego w ofercie Odwołującego. W powyższym zakresie Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego, przedkładając wraz z ofertą formularz ofertowy oraz formularz cenowy zgodny z załącznikami do SIWZ. Ponadto do oferty Odwołujący dołączył dokumenty potwierdzające, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego.

Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy również wskazać, w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego podniesionej w odpowiedzi na odwołanie, iż podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ i z faktu, iż wykonawcy nie złożyli wniosku o jej modyfikację nie można w stosunku do nich wywodzić negatywnych skutków. W odniesieniu do argumentu zaprezentowanego przez Zamawiającego, który wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że nieprawidłowa podstawa prawna żądania dokumentów przedmiotowym mogłaby mieć wpływ

na wynik postępowania należy wskazać, iż za taką wadę należy uznać w szczególności dokonanie opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) lub dokonania opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Podanie wadliwej podstawy prawnej żądania dokumentów przedmiotowych takiego skutku, w ocenie Izby nie wywołuje.

Izba nie uznała również za trafne, w kontekście podniesionej argumentacji, przywołanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwa. Należy wskazać, iż zaprezentowane przez Zamawiającego orzeczenie Sądu Okręgowego w Białymstoku w postaci wyroku z dnia 28 kwietnia 2006 r. (sygn. akt II CA 218/06) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 34/11) odnoszą się do zupełnie odmiennego stanu faktycznego. W tym zakresie Izba podzieliła zaprezentowany w toku rozprawy przez Odwołującego pogląd, opierając go jednak na zupełnie innej podstawie. W obydwu orzeczeniach konieczność zastosowania instytucji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp została stwierdzona w odniesieniu do dokumentów podmiotowych, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie dokumentów przedmiotowych – składanych na potwierdzenie, że oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Tym samym nie sposób uznać, iż zawarta w tychże orzeczeniach argumentacja może stanowić poparcie stanowiska reprezentowanego przez Zamawiającego. Należy w tym miejscu wskazać, iż nieproporcjonalne lub nienależyte ustalenie warunków udziału w postępowaniu ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Tego skutku nie powoduje, w ocenie Izby, podanie wadliwej podstawy prawnej dla dokumentów przedmiotowych – jeżeli samo ich żądanie jest co do zasady prawidłowe i zasadne.

Należy w tym miejscu wskazać, iż zapis SIWZ, podany przez Zamawiającego jako podstawa faktyczna decyzji, nie jest w całości obarczony wadą. Zapis ten wskazuje, iż oferowany przedmiot zamówienia musi posiadać ważne świadectwa dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie Polski – jedynie podstawa prawna tego żądania jest błędna.

Izba wskazuje, iż ustawodawca nie nakłada na Zamawiającego w żadnym przypadku obowiązku żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane przez wykonawców dostawy spełniają wymagania Zamawiającego – tak jak to czyni zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w ramach postępowań o wartości większej lub równej kwotom określonym w oparciu o przepisy wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe zapis SIWZ dotyczący konieczności przedłożenia dokumentów w doniesieniu do oferowanych wyrobów potwierdzających spełnienie wymagań

wynikających z ustawy o wyrobach medycznych należy uznać za pozbawiony skutków prawnych. Jeżeli bowiem Zamawiający żąda dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia musi posiadać ważne świadectwa dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie Polski, a z charakteru tego przedmiotu wynika, iż podlega on ustawie Prawo farmaceutyczne to profesjonalny wykonawca ma świadomość tego jakiego rodzaju dokument winien przedstawić, gdyż wynika to z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zaś sam wadliwy zapis SIWZ nie zmienia tego faktu. W tym miejscu Izba podzieliła w całej rozciągłości pogląd Odwołującego zaprezentowany w toku rozprawy

Wynika to z faktu, iż przedmiotowe postępowanie jest kierowane przez profesjonalistę do uczestników rynku tego rodzaju produktów, którzy są również profesjonalistami mającymi odpowiednią wiedzę i doświadczenie w zakresie oferowanego asortymentu. Przedstawione przez Odwołującego dowody wskazują na ścisłe ograniczenie potencjalnego kręgu wykonawców i ich profesjonalny charakter. Jak wskazał Odwołujący nie tylko wprowadzenie do obrotu tego rodzaju produktów jest czynnością reglamentowaną, ale również obrót tymi produktami polegający na magazynowaniu oraz transporcie.

Po drugie należy wskazać, iż trudno jest uznać, aby tego rodzaju omyłka popełniona przez Zamawiającego mogła spowodować, iż potencjalni wykonawcy zainteresowani udziałem w przedmiotowym postępowaniu odstąpili od złożenia ofert. Na potwierdzenie swojej tezy Zamawiający nie przedstawił bowiem żadnego dowodu. W szczególności nie wskazał, iż na rynku istnieje znaczna liczba podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Po trzecie Zamawiający nie wykazał jakiegokolwiek związku skutkowo-przyczynowego pomiędzy zaistniałą w SIWZ omyłką a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W końcu po czwarte wykonawcy, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty, samodzielnie i dobrowolnie przedłożyli dokumenty wskazujące, iż oferowane przez nich wyroby zostały dopuszczone do obrotu na terytorium RP zgodnie z wymaganiami zawartymi w ustawie Prawo farmaceutyczne – a więc zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W tym miejscu należy wskazać, iż na aprobatę zasługuje argument Odwołującego, iż nic nie stoi na przeszkodzie aby postanowienia SIWZ były przedmiotem wykładni oświadczeń woli w oparciu o art. 65 ustawy Kodeks cywilny. Tego rodzaju wykładnia bowiem dopuszcza wywiedzenie prawidłowych intencji podmiotu zamawiającego, przy uwzględnieniu pozostałych postanowień SIWZ, jak również innych okoliczności. W szczególności jeżeli za inne okoliczności można uznać obowiązujące przepisy prawa.

Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający dokonał nadużycia instytucji unieważnienia postępowania, gdyż w ocenie Izby nie została wypełniona dyspozycja normy poprawnej wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba uznała, iż brak było faktycznych i prawnych podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i tym samym unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

