

Sygn. akt KIO 942/19

POSTANOWIENIE
z dnia 10 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 10 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2019 r. przez wykonawcę Transmed s.c. A. M., T. U. w Nowej Soli w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. w Zielonej Górze

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agamed Transport Medyczny w Bydgoszczy, R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NZOZ Ermed R. Z. w Bydgoszczy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Transmed s.c. A. M., T. U. w Nowej Soli i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15. 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Transmed s.c. A. M., T. U. w Nowej Soli 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. w Zielonej Górze - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie transportu sanitarnego rozumianego jako przewóz pacjentów (transport w stanie zagrożenia życia, transport na dializoterapię, konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu), materiałów biologicznych (krwi i materiałów krwiopochodnych, materiału biologicznego do badań), zespołu ds. transplantacji, narządów, transportu zaopatrzeniowego szpitala oraz innych wynikających z działalności Zamawiającego przez 7 dni w tygodniu. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 036-081407.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agamed Transport Medyczny w Bydgoszczy, R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NZOZ Ermed R. Z. w Bydgoszczy. W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Transmed s.c. A. M., T. U. w Nowej Soli wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 86 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez wadliwe dokonanie czynności otwarcia ofert i w konsekwencji brak unieważnienia postępowania;

ewentualnie, w przypadku nieuznania powyższego zarzutu, naruszenie:

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez brak wykluczenia konsorcjum Agamed Transport Medyczny R. B. i NZOZ Ermed R. Z. oraz Gregor Trans G. C., którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej w JEDZ, a ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez nie wezwanie do uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez brak wykluczenia konsorcjum Agamed Transport Medyczny R. B. i NZOZ Ermed R. Z. oraz Gregor Trans G. C., którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej w JEDZ, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy przez nie

- wezwanie do wyjaśnienia treści dokumentu JEDZ w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej;
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez brak odrzucenia oferty konsorcjum Agamed Transport Medyczny R. B. i NZOZ Ermed R. Z. w sytuacji gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny dotyczący stawki podatku VAT;
 5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 25a ust. 1 ustawy przez brak wezwania konsorcjum Agamed Transport Medyczny R. B. i NZOZ Ermed R. Z. do uzupełnienia brakujących dokumentów lub dokumentów zawierających błędy, tj. zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego oraz wykazu wykonanych usług, wskazanego w 4.4.2 SIWZ;
 6. art. 26 ust. 3a ustawy przez brak wezwania konsorcjum Agamed Transport Medyczny R. B. i NZOZ Ermed R. Z. do uzupełnienia brakujących lub wadliwych pełnomocnictw;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. w przypadku uznania zarzutu nr 1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie postępowania na podst. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
w przypadku nie uznania zarzutu nr 1:
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty konsorcjum Agamed Transport Medyczny R. B. i NZOZ Ermed R. Z. ewentualnie o:
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania ofert Wykonawców: konsorcjum Agamed Transport Medyczny R. B. i NZOZ Ermed R. Z. oraz Gregor Trans G. C..

Odwołujący z powołaniem się na orzecznictwo TSUE wywiódł, że jest podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia rozumianego jako umowa w sprawie zamówienia publicznego, a nie jako rezultat konkretnego postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazał, że złożył w postępowaniu ofertę przez przesłanie jej zgodnie z instrukcją zamawiającego zawartą w SIWZ. Odwołujący podniósł, że przygotował ofertę, podpisując ją kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz dokonał jej zaszyfrowania przy użyciu klucza publicznego. Oferta została przesłana za pośrednictwem skrzynki ePuap (przekierowanie z Miniportalu), na potwierdzenie czego odwołujący otrzymał Elektroniczne Potwierdzenie Odbioru. Odwołujący

dokonał wszystkich czynności zgodnie z instrukcją zamawiającego, jednakże zamawiający nie dokonał otwarcia oferty odwołującego, a niemożność otwarcia była niezależna od zamawiającego. Odwołujący nie zgodził się z tym twierdzeniem, gdyż w jego ocenie oferta została przygotowana prawidłowo, a trudności zamawiającego wynikały tylko i wyłącznie z braku należytej staranności w dokonaniu czynności otwarcia ofert.

Odwołujący wywodził, że zgodnie z art. 10b Pzp zamawiającego obciąża obowiązek zapewnienia środków technicznych pozwalających wykonawcy złożyć ofertę i komunikować się z zamawiającym. Oznacza to również, że to zamawiający odpowiada za sprawność techniczną tych narzędzi. Tym samym niemożność otwarcia oferty odwołującego, która zaistniała w związku z wadliwym funkcjonowaniem Miniportalu czy platformy ePuap, obciąża zamawiającego i stanowi naruszenie art. 7 Pzp. Odwołujący zarzucił, że zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania ze względu na nieusuwalną wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Wskazał, że ze względu na fakt, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową, która nie podlega powtórzeniu, brak jest prawnej możliwości powrotu do otwarcia ofert i dokonania otwarcia oferty odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agamed Transport Medyczny w Bydgoszczy, R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NZOZ Ermed R. Z. w Bydgoszczy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachował termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia stronom.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie alternatywnie o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający ustalił termin składania ofert na 16 kwietnia 2019 r. do godz. 10.30. Wymagał złożenia oferty za pomocą formularza do złożenia, wycofania, zmiany oferty za pośrednictwem ePUAP, dostępnego również na miniportalu. Do wyznaczonego terminu oferty złożyło trzech wykonawców: odwołujący, przystępujący oraz G. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GREGOR TRANS G. C. w Starogardzie Gdańskim.

Zgodnie z pisemną informacją z 18 kwietnia 2019 r. znajdującą się w aktach sprawy zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert 16 kwietnia 2019 r. o godz. 11 przez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego. Zamawiający poinformował w tym piśmie, że otworzył dwie oferty, a jedna nie została otwarta z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego. W zestawieniu złożonych ofert znajduje się stwierdzenie (pkt 7

pisma z 18 kwietnia 2019 r.), że ofertę złożył przystępujący oraz GREGOR TRANS G. C. w Starogardzie Gdańskim.

W otwarciu ofert uczestniczyli przedstawiciele odwołującego i przystępującego.

Omawiana informacja z otwarcia ofert została zamieszczona w Biuletynie Informacji Publicznej 18 kwietnia 2019 r.

Przed opublikowaniem informacji zamawiający 16 kwietnia 2019 r. zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych (miniPortal@uzp.gov.pl) zgłaszając problem polegający na niemożności otwarcia plików po odszyfrowaniu oferty. 17 kwietnia 2019 r. otrzymał odpowiedź, że plików nie można otworzyć z powodu podwójnego zaszyfrowania oferty.

Pismem z 19 kwietnia 2019 r. pełnomocnik odwołującego wystąpił do zamawiającego wskazując naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, w tym brak otwarcia oferty odwołującego jako podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający nie unieważnił postępowania i pismem z 13 maja 2019 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty przystępującego.

Pismem z 21 maja 2019 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o podanie przyczyn, dla których złożona przez niego oferta nie została otwarta, a następnie 23 maja 2019 r. wniósł odwołanie.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega badaniu co do istoty jedynie w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania. Badanie podstaw odrzucenia odwołania jest czynnością obligatoryjną dokonywaną przez Izbę na posiedzeniu.

Na posiedzeniu z udziałem odwołującego i przystępującego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp w postępowaniu, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną - o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp stanowi natomiast, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołujący pogląd o wniesieniu odwołania w terminie buduje na tezie, że wniesione odwołanie kwestionuje zaniechanie unieważnienia postępowania przez zamawiającego. Jego zdaniem zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Uszło jednak uwadze odwołującego, że okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania były mu znane już 16 kwietnia 2019 r., gdy zamawiający nie otworzył oferty złożonej przez odwołującego, a fakt, że przyczyny tego stanu rzeczy nie leżą po stronie zamawiającego, był lub powinien być znany odwołującemu od dnia 18 kwietnia 2019 r., kiedy to zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. Z informacji opublikowanej w Biuletynie Informacji Zamówień Publicznych odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł zatem powziąć wiedzę, że złożona przez niego oferta nie będzie podlegać ocenie. Zamawiający jasno wskazał, że przyczyny tego stanu rzeczy nie leżą po jego stronie, co dla profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych powinno stanowić jednoznaczny komunikat, że zamawiający nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Czynność otwarcia ofert jest samodzielną czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i to czynnością doniosłą prawnie, ma bowiem charakter jednokrotny, jest skuteczna *erga omnes* i nie może być powtarzana. Jeśli - zdaniem odwołującego - czynność otwarcia ofert była dokonana przez zamawiającego wadliwie, mógł i powinien był wnieść odwołanie z zachowaniem terminu przewidzianego ustawą. Zwraca uwagę fakt, że odwołujący dzień po uzyskaniu informacji, iż przyczyny nieotwarcia oferty odwołującego nie leżą po stronie zamawiającego, poinformował zamawiającego o istnieniu podstaw do unieważnienia postępowania, a następnie - pomimo milczenia zamawiającego - nie wniósł odwołania.

Termin na wniesienie odwołania w okolicznościach sprawy powinien być liczony według zasad wskazanych w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Czynność otwarcia ofert nie jest bowiem czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 1 Pzp, gdyż informacja o dokonaniu tej czynności nie jest przesyłana wykonawcom, lecz podlega upublicznieniu zgodnie z art. 86 ust. 5 Pzp. Otwarcie ofert jest zatem czynnością inną niż wskazane w art. 182 ust. 1 i 2 Pzp, w związku z czym termin na wniesienie odwołania winien być liczony od dnia, w którym odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, czyli od dnia 18 kwietnia 2019 r. Zgodnie z art. 185 ust. 8 Pzp upływ terminu na wniesienie odwołania nastąpił zatem 29 kwietnia 2019 r. Tymczasem odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej 23 maja 2019 r., zatem zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, co skutkuje

obowiązkiem jego odrzucenia przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma charakter prekluzyjny i nie podlega przywróceniu w żadnym przypadku. Uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania.

Prekluzyjny charakter terminów na wniesienie odwołania ma to znaczenie, że po ich upływie czynności dokonane przez zamawiającego nie mogą być wzruszane przez wniesienie odwołania. co pozwala zamawiającemu na kontynuację postępowania o udzielenie zamówienia. Zwraca uwagę, że odwołujący zwrócił się do zamawiającego w kwestii przyczyn braku otwarcia złożonej przez siebie oferty nie bezpośrednio po czynności otwarcia ofert, ale dopiero po przesłaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, 32 dni od skierowania do zamawiającego pisma, że postępowanie o udzielenie zamówienia powinno zostać unieważnione.

Prezentowany pogląd znajduje wsparcie w uchwale Sądu Najwyższego z 28 lutego 2013 r. w sprawie III CZP 107/12, w której wyrażono tezę, że w sytuacji, gdy wykonawca powziął wiedzę co do okoliczności uzasadniających wniesienie odwołania przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o danej czynności, termin na wniesienie odwołania jest wliczony według zasady wyrażonej w art. 182 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji również zarzuty podniesione wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie podlegają skierowaniu na rozprawę. Odwołujący wprawdzie ubiegał się o udzielenie zamówienia, jednak skutkiem złożenia oferty, która nie mogła zostać otwarta, a następnie zaniechania wniesienia w terminie odwołania, utracił status wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Podkreślić należy, że powołane przez odwołującego szersze spojrzenie na zakres przedmiotowy materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, nie dotyczy sytuacji, w których odwołanie wnosi podmiot, który już nie ubiega się o udzielenie danego zamówienia. Uszło uwadze odwołującego, że stanowisko prezentowane przez TSUE w tym również w orzeczeniu z 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich), zgodnie z którym każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty, zostało ukształtowane w sytuacji, gdy wykonawca wnoszący odwołanie nie został ostatecznie wyeliminowany z udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pogląd ten nie powinien być przyjmowany rozszerzająco. Ostateczna utrata statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 10 Pzp przez podmiot, który ubiegał się o dane zamówienie publiczne, oznacza brak spełnienia obu przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji brak uprawnienia do wniesienia odwołania. Pogląd ten został

wyrażony w m.in. orzeczeniach Izby z 26 kwietnia 2018 r. sygn. akt 705/18 i 11 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2491/18, legł też podstaw odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp m.in. w orzeczeniu z 11 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2491/18.

Wobec powyższego Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie drugie Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp.

Przewodniczący: