

Sygn. akt: KIO 2303/16

WYROK
z dnia 14 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2016 r. przez wykonawcę – **TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wiertniczej 84 (02-952 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Toruniu przy ul. M. Skłodowskiej-Curie 73 (87-100 Toruń)

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z/s w Toruniu i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez TMS Sp. z o.o. z/s w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Zamawiającego – Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z/s w Toruniu na rzecz TMS Sp. z o.o. z/s w Warszawie, kwotę **18.600 zł. 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z/s w Toruniu w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę wyposażenia medycznego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. bł. ks. J. Popiełuszki we Wrocławiu* (nr sprawy ZP/03/16), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 28 września 2016 r., 2016/S 187-336237, wykonawca – TMS Sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł w dniu 5 grudnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2303/16).

W dniu 28 listopada 2016 r. Zamawiający o godzinie 10:15 dokonał otwarcia złożonych w postępowaniu ofert składanych na pakiety, przy której to czynności pominięto ofertę złożoną na pakiet nr 43 przez Odwołującego (TMS Sp. z o.o.). Odwołujący powziął informację o braku uwzględnienia jego oferty z informacji zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28 listopada 2016 r.

Z uwagi na działanie Zamawiającego sprzeczne z Ustawą oraz nie znajdujące oparcia w stanie faktycznym Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając w nim naruszenie art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 1, art. 84 ust. 1 Ustawy i art. 61 § 1k.c. w zw. z art. 14 Ustawy oraz art. 86 ust. 4 i 5 Ustawy poprzez

- zaniechanie otwarcia oferty złożonej w terminie;
- zaniechanie czynności badania oferty Odwołującego i uznania jej za najkorzystniejszą;
- uznania, że Odwołujący wycofał w przedmiotowym postępowaniu wszystkie złożone oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w wyniku tych czynności dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący opisał chronologię wydarzeń wskazując, iż w dniu 21.11.2016 r. wysłał pocztą kurierską ofertę (złożona 22.11.2016 r.). Termin składania ofert został wyznaczony na 23.11.2016 r., a ostatecznie przesunięty został na 28.11.2016 r. na godzinę 10:00. W związku ze zmianą terminu Odwołujący wycofał złożoną ofertę składając oświadczenie w tym zakresie w piśmie z 23.11.2016 r. (znak Lw/MD/2016/2208), wysłanym tego samego dnia na adres poczty elektronicznej Zamawiającego, zgodnie z pkt VI siwz. Z tą chwilą nastąpiło skuteczne złożenie oświadczenia woli w rozumieniu art. 61 § 1k.c. Odwołujący niezależnie wysłał pismo zawierające jego oświadczenie o wycofaniu oferty, które zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 25.11.2016 r. W dniu 28.11.2016 r. o godzinie 8:02

Odwołujący złożył kolejną ofertę, której otwarcia powinien dokonać Zamawiający na sesji publicznego otwarcia ofert o godzinie 10:15.

Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż pismo z dnia 23.11.2016 r. dotyczyło wycofania wszystkich ofert złożonych przez Odwołującego. Zgodnie z art. 84 ust. 1 Ustawy wycofaną mogła być jedynie oferta złożona, a więc oświadczenie wykonawcy nie mogło odnosić się do oferty przyszłej, złożonej Zamawiającemu w dniu 28.11.2016 r. Indywidualne badanie i ocena działań Odwołującego nie może prowadzić do innych wniosków niż ten, że jego intencją było wycofanie pierwszej oferty i złożenie następnej, ważnej oferty. Brak otwarcia prawidłowo złożonej oferty (w terminie) stanowi rażące naruszenie zasad postępowania oraz narusza słuszny interes Odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, gdyż Odwołujący nie posiada interesu w złożeniu odwołania, jak również w żądaniu powtórzenia czynności otwarcia ofert, badania, oceny i wyboru oferty Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający nie może powtórzyć czynności otwarcia ofert. Zgodnie z art. 8 Ustawy Pzp otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania, jest dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 Ustawy). Jednocześnie Zamawiający przyznał rację Odwołującemu, co do podstawy stwierdzenia naruszenia przepisów Ustawy i braku otwarcia prawidłowo złożonej oferty Odwołującego, do czego doprowadził błąd pracownika Zamawiającego, który uznał ofertę za wycofaną. Wskazał również na podjętą w dniu 9.12.2016 r. czynność częściowego unieważnienia postępowania, w tym w części dotyczącej pakietu nr 43 wskazując na wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, iż *W dniu otwarcia ofert zamawiający nie otworzył oferty wykonawcy, która zastała prawidłowo złożona przed terminem składania ofert, w związku z tym, że „czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i ze swej natury nie podlegającą powtórzeniu” (wyrok KIO z 19.11.2013 r., sygn. KIO 2607/13) zamawiający unieważnił postępowanie w pakiecie nr 43 (informacja zamieszczona na stronie internetowej w dniu 9.12.2016 r.).*

Zamawiający nie może uwzględnić odwołania, gdyż żądania Odwołującego nie mogłyby być spełnione jako niedopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów Ustawy, w której nie przewidziano możliwości powtórzenia czynności otwarcia ofert niezależnie od okoliczności.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst

jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęto zaniechanie czynność stanowiącej punkt wyjścia dla ewentualnej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, polegające na braku otwarcia oferty Odwołującego i uznaniu jej za wycofaną, niewątpliwie naruszenia jakich dopuścić się miał Zamawiający w tym obszarze, godziły w interes Odwołującego. Jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, a jak wynika z okoliczności faktycznych, mający realne szanse na jego uzyskanie, posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które zamykały mu drogę do oceny złożonej w terminie oferty i jej wyboru. Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, aby czynność unieważnienia postępowania w pakiecie, na jaki Odwołujący złożył ofertę, uzasadniana błędami Zamawiającego, pozbawiać miała wykonawcy interesu we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołanie nie dotyczy bowiem czynności unieważnienia postępowania, która może być jeszcze przedmiotem odrębnego odwołania. Samo unieważnienie postępowania będące następstwem, objętej zaskarżeniem czynności prowadzi do zakończenia postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe nie stoi w opozycji do stwierdzenia, iż działania Zamawiającego pozbawiły Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Ocena żądań Odwołującego nie mogła również prowadzić do innych wniosków. Przede wszystkim należy zauważyć, iż Izba wydając orzeczenie nie jest związana żądaniami, a jedynie zakresem zarzutów, wyznaczającym ramy w jakich dokonuje się oceny możliwości naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia. W związku z powyższym brak otwarcia oferty złożonej w terminie w sposób jednoznaczny godził w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jako nie otwarta, nie mogła być przez Zamawiającego rozpatrywana. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści ogłoszenia, stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zasadniczo istota sporu dotyczyła oceny prawnej bezspornego stanu faktycznego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, iż jego pracownik dopuścił się błędu przy ocenie, czy oferta Odwołującego złożona w dniu 28.11.2016 r. o godzinie 8:02 została wycofana wcześniejszym oświadczeniem dotyczącym faktycznie oferty złożonej w dniu

21.11.2016 r. Miało to ten skutek, iż w dniu otwarcia ofert, co nastąpiło 28.11.2016 r. o godzinie 10:15 oferta Odwołującego złożona w terminie na pakiet nr 43 nie została otwarta i nie była przedmiotem oceny komisji przetargowej.

W niniejszym stanie faktycznym zasadniczo nie budziło wątpliwości, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Ustawy wskazanych w petitum odwołania, pomijając na sesji otwarcia ofert, prawidłowo złożona ofertę Odwołującego. Przyznał to sam Zamawiający w piśmie procesowym (odpowieź na odwołanie). W toku rozprawy ustalono również, iż oferta Odwołującego nie została mu zwrócona i pozostaje w dyspozycji Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż zarzuty kierowane wobec działań Zamawiającego były uzasadnione, a odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy zasługiwało na uwzględnienie. Dokonując takiego rozstrzygnięcia należało ocenić, czy naruszenie do jakiego przyznał się Zamawiający miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 Ustawy *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*. Przy tej ocenie Izba uwzględniła okoliczność, iż Zamawiający już po wniesieniu odwołania, unieważnił postępowanie na pakiet nr 43, uzasadniając tę czynność wadą postępowania wywołaną jego działaniem (art. 93 ust.1 pkt 7 Ustawy). Abstrahując od oceny wystąpienia przesłanki dla unieważnienia w tej części postępowania (nie jest to przedmiotem zarzutów, a zatem również oceny Izby) Izba stwierdziła, iż uchybienie do jakiego dopuścił się Zamawiający miało niewątpliwie istotny wpływ na wynik postępowania. Postępowanie zakończyło się bowiem jego częściowym unieważnieniem, do którego nie musiałyby dojść, gdyby Zamawiający otworzył ofertę Odwołującego. Deklaracja Odwołującego zawarta w odwołaniu (poparta kopią oferty z 28.11.2016 r.), iż zaferowana cena mieściła się w kwocie środków przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie w tej części zamówienia, pozwala domniemywać, iż postępowanie mogło się zakończyć wyborem oferty najkorzystniejszej, co zmieniałoby w sposób istotny wynik postępowania. Izba nie będąc związana żądaniem Odwołującego (w tym zmodyfikowanym na rozprawie żądaniem nakazania dokonania czynności otwarcia oferty Odwołującego) poprzestała na rozstrzygnięciu stwierdzającym fakt dopuszczenia się naruszenia przepisów Ustawy. Izba nie nakazała dokonania czynności zaniechanej uznając, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową, faktyczną, której powtórzenie nie jest możliwe. Słusznie zauważył Zamawiający, iż otwarcie ofert nie zawiera się wyłącznie w czynności technicznego otwarcia oferty i jej odczytania w wymaganym przepisami zakresie, ale również stanowi sformalizowaną procedurę, wymagającą zachowania warunków ustalonych wcześniej i znanych ogółowi podmiotów zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu. Przede wszystkim jest czynnością, co do której ustawodawca wymaga, aby

odbyła się w ściśle określonym przedziale czasowym, tj. bezpośrednio po upływie terminu do ich składania w dniu w którym upłynął termin na składanie ofert (art. 86 ust. 2 Ustawy). Zamawiający w ogłoszeniu wskazał, iż otwarcie ofert odbędzie się o godzinie 10:15 w dniu 28.11.2016 r. i czynności tej dokonał, ale z pominięciem oferty Odwołującego. W ocenie Izby nie byłoby możliwym otworzenie oferty Odwołującego z poszanowaniem wymogów ustawowych co do sposobu przeprowadzenia tej czynności w miejscu i terminie ustalonym w ogłoszeniu. Obecną sytuację można przyrównać do tej jaka powstaje w postępowaniu po otwarciu ofert, kiedy to Zamawiający nie ma już możliwości skutecznej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu. Otwarcie ofert stanowi rodzaj kamienia milowego w postępowaniu, co do którego zachowane winny być warunki jawności i przejrzystości, tak aby wyniki podejmowanych w toku oceny ofert czynności nie budziły wątpliwości co do ich prawidłowości. Skoro wymogiem ustawowym, od którego nie przewiduje się odstępstw, jest otwarcie oferty w dniu, w którym upłynął termin na składanie ofert, to Izba nie ma kompetencji do nakazania dokonania czynności z naruszeniem Ustawy. Takim naruszeniem byłoby niewątpliwie otwarcie oferty Odwołującego w innym dniu niż 28.11.2016 r. W świetle powyższego Izba uwzględniając odwołanie nie nakazała Zamawiającemu dokonania czynności zaniechanej, której podjęcie nie jest faktycznie możliwe w innym dniu niż wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: