

Sygn. akt: KIO 907/13

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **BiaMediTek sp. z o.o. w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Szpital Uniwersytecki z siedzibą w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *dostawa, instalacja i uruchomienie sprzętu dla potrzeb Centrum Urazowego Medycyny Ratunkowej i Katastrof*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2012 r., nr 2012/S 212-350277.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części. Przedmiotem zamówienia w części 9 była *dostawa, instalacja i uruchomienie kardiomonitorów*.

Do upływu terminu składania ofert, w zakresie części 9, oferty złożyło pięciu wykonawców: odwołujący, BiaMediTek sp. z o.o., Promed S.A., Diagnos sp. z o.o., Drager Polska sp. z o.o.

W dniu 5 kwietnia 2013 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomił wykonawcę Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej, w zakresie części 9 przedmiotu zamówienia.

W dniu 9 kwietnia 2013 r. odbyła się aukcja elektroniczna.

W dniu 11 kwietnia 2013 r. zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. W zakresie pakietu nr 9 za najkorzystniejszą została uznana oferta BiaMediTek. W dalszej kolejności sklasyfikowane zostały oferty: odwołującego, Promed S.A. oraz Drager Polska sp. z o.o. Zamawiający poinformował, że podlegała odrzuceniu oferta złożona przez Diagnos sp. z o.o. Zamawiający poinformował, że z udziału w postępowaniu nie wykluczył żadnego wykonawcy.

W dniu 19 kwietnia 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- a) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BiaMediTek sp. z o.o. pomimo niezgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- b) zaniechania wykluczenia BiaMediTek sp. z o.o. z udziału w postępowaniu pomimo podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
- c) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Drager Polska sp. z o.o. pomimo niezgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ,
- d) zaniechania wykluczenia wykonawcy Drager Polska sp. z o.o. z udziału w postępowaniu pomimo podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
- e) bezpodstawnego przeprowadzenia aukcji elektronicznej dla pakietu nr 9, w sytuacji gdy nie zostały złożone co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu,
- f) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie w dniu 22 kwietnia 2013 r. wykonawca BiaMediTek sp. z o.o. w Białymstoku. Wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. Stosownie do przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp *jeżeli postępowanie prowadzone jest w*

*trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.* Z przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu (art. 89 ustawy Pzp), w tym również z tego powodu, że zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 4). Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy.

Izba potwierdza, że zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie informuje ich o innych zaproszonych wykonawcach. Przepis art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji.

Powyższe nie oznacza jednak, że działający z należytą starannością wykonawca nie może ustalić, który z jego konkurentów został również do aukcji elektronicznej zaproszony i kwestionować zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu, względnie zaniechania odrzucenia jego oferty. Po pierwsze, fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie jednoznaczną dla niego informacją, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował co najmniej trzy oferty (arg. z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp). Po drugie zaś, informacja o tym, którzy jeszcze wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do względu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców. Dostrzeżenia wymaga, że w myśl art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawny. Natomiast zgodnie z treścią załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), w przypadku protokołu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w poz. 11 ujawnia się listę wykonawców wykluczonych, zaś w poz. 12 – listę odrzuconych ofert. Zatem, działający z należytą starannością wykonawca w oparciu o protokół postępowania może z łatwością

ustalić, którzy z jego konkurentów zostali zaproszeni do składania ofert. Będą to bowiem ci wykonawcy, którzy nie figurują w poz. 11 i których oferty nie zostały wskazane w poz. 12 protokołu.

Izba potwierdza, że w rozpatrywanym stanie faktycznym, kwestionowana przez odwołującego czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jednocześnie w ocenie Izby błędny jest pogląd, iż w omawianej sytuacji termin do wniesienia odwołania należy liczyć według reguł wyznaczanych przez art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pomimo że wykonawca miał on wcześniej możliwość powzięcia wiadomości o okolicznościach, które legły u podstaw złożonego odwołania.

Podobne stanowisko wyrażono w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej w tym m.in. w postanowieniach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO 271/12, KIO 299/12, KIO 610/12, KIO 2838/12. Podkreślenia wymaga, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. wydanej w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12 (dostępna na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Sąd Najwyższy rozstrzygając o kwestii wzajemnych zależności pomiędzy art. 182 ust. 3 i art. 182 ust. 1 wyraził pogląd, że *gdy zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 p.z.p. Późniejsze przesłanie informacji przez wykonawcę zasadniczo nie będzie prowadziło do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 p.z.p.*

Wykonawca zaproszenie do udziału w aukcji wykonawca otrzymał w dniu 5 kwietnia 2013 roku drogą elektroniczną i - jak wyjaśniono wcześniej - był to dzień, w którym można było powziąć wiadomości o wszystkich okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Zatem wynikający z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie środka odwoławczego wobec zaniechania wykluczenia innych wykonawców i zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez innych wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji upływał w dniu 15 kwietnia 2013 roku. Przesłanie w dniu 11 kwietnia 2013 r. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej po przeprowadzonej aukcji nie doprowadziło do ponownego otwarcia terminu do wniesienia odwołania. Zawiadomienie to nie niosło ze sobą bowiem informacji o żadnych okolicznościach, istotnych z punktu widzenia sformułowanych zarzutów, co do których odwołujący nie mógł powziąć wiadomości już w dniu 5 kwietnia 2013 r. W szczególności już w tym dniu, działając z należyłą starannością,

można było ustalić, że do aukcji – oprócz odwołującego - zostali zaproszeni m.in. wykonawcy BiaMediTek sp. z o.o. i Drager Polska sp. z o.o., a nie został zaproszony wykonawca Diagnos sp. z o.o.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 19 kwietnia 2013 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp odwołanie odrzucono na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....