

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Henry Kruse Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie, ul. Kolejowa 3, 55-040 Kobierzyce, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pakietu XI i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciążyć Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Odwołującego** – Henry Kruse Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie, ul. Kolejowa 3, 55-040 Kobierzyce tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa, na rzecz **Odwołującego** – Henry Kruse Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie, ul. Kolejowa 3, 55-040 Kobierzyce, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa środków antyseptycznych i dezynfekcyjnych, produktów do pielęgnacji skóry i rak, a także implantów oraz innych wyrobów medycznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 249-412471 z dnia 28.12.2012 r.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania i zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu XI. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 przez unieważnienie postępowania pomimo braku zaistnienia przesłanek wskazanych w powołanym przepisie,
2. art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 przez zaniechanie podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się nadużycia instytucji unieważnienia przez subiektywną ocenę zaistniałej sytuacji, wskazując jednocześnie za przyczynę wadę opisu przedmiotu zamówienia, która nawet nie została szczegółowo wyartykułowana w zawiadomieniu, o którym stanowi art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że oferta złożona przez Odwołującego nie wypełniała żadnej przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca ten nie podlega również wykluczeniu i złożył ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że unieważnienie postępowania z przyczyny wskazanej w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp jest obligatoryjne jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wskazanych tam okoliczności. Oznacza to, iż postępowanie musi być obciążone wadą, która jest wadą nieusuwalną i która jednocześnie wywiera tak istotny wpływ na umowę, iż zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Jak wskazuje Odwołujący, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa KIO podstaw unieważnienia takiej umowy należy

poszukiwać w treści art. 146 ust 1 i ust 6 ustawy Pzp. Wskazuje się przy tym, iż pomiędzy wadą postępowania (dokonaniem przez Zmawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy) a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Innymi słowy wadą postępowania, w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną lub względną nieważność.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazując na istnienie wady z art. 146 ust 1 ustawy Pzp ani wady mieszczącej się w klauzuli art. 146 ust 6 ustawy Pzp, tj. na dokonanie przez Zmawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym Odwołujący musi domyślać się intencji Zamawiającego co do przyczyn unieważnienia postępowania, co w znaczący sposób utrudnia Odwołującemu właściwe i pełne odniesienie się do rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania i sformułowania zarzutów względem czynności Zamawiającego.

Zamawiający powołując lakoniczne uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji, w ocenie Odwołującego, nie wypełnił wymogu art. 93 ust 3 ustawy Pzp, co do wykazania przesłanek unieważnienia postępowania z przyczyn określonych w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W zakresie pakietu XI złożono dwie oferty. Wykonawca Medim Sp. z o.o. zaoferował preparat chlorowy, będący produktem dwuwarstwowym, zaś Zamawiający wymagał preparatu o jednolitej strukturze. Na powyższe zwrócił uwagę Zamawiającemu Odwołujący, wskazując, iż oferta ta winna zostać odrzucona, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 08.03.2013 r.).

W ślad za powyższym komisja przetargowa rekomendowała kierownikowi Zamawiającego podjęcie decyzji o odrzuceniu przedmiotowej oferty (wniosek z dnia 20.03.2013 r.).

W zawiadomieniu o ofertach odrzuconych (pismo z dnia 25.03.2013 r.) Zamawiający poinformował, że w zakresie pakietu XI oferta wykonawcy Medim Sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, została odrzucona.

Jednocześnie zawiadomieniem o wynikach postępowania poinformowano wykonawców, że w ramach pakietu XI postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, „z powodu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji i ogranicza dostęp Wykonawców do uzyskania zamówienia.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 93 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiadamia się wszystkich wykonawców, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Wypełnienie dyspozycji powołanego przepisu będzie miało miejsce w sytuacji, w której zamawiający poda uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej decyzji, które pozwoli wykonawcy na poznanie podstaw unieważnienia postępowania, odnoszących się do okoliczności konkretnej sprawy. Oznacza to, że zamawiający zobowiązany jest wskazać na konkretną wadę mającą charakter nieusuwalny (art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp), a w przypadku stwierdzenia dokonania czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wykazania, że naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający wskazując jako powód unieważnienia niniejszego postępowania przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i ogranicza dostęp do uzyskania zamówienia innym wykonawcom, posłużył w pierwszej części treścią dyspozycji przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w dalszej części twierdzeniem o dużym poziomie ogólności. Nie sposób zatem przyjąć, że wskazane powody mieszczą w zakresie uzasadnienia faktycznego, należą raczej do opisu uzasadnienia prawnego. Wskazany sposób uzasadnienia unieważnienia postępowania mógłby znaleźć zastosowanie do każdego z prowadzonych postępowań, nie odwołuje się bowiem do okoliczności faktycznych niniejszego postępowania. Powyższe powoduje, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania jest dla Odwołującego niezrozumiała i nie poddaje się weryfikacji. Zamawiający zaniechał bowiem podania, w jakim zakresie opis przedmiotu zamówienia został dokonany wadliwie oraz wykazania, że przedmiotowe naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Powyższe Zamawiający starał się naprawić w toku postępowania odwoławczego wyjaśniając, że opis przedmiotu zamówienia odpowiadał tylko jednemu preparatowi dostępnemu na rynku polskim Actichlor PLUS. Jednakże postępowanie odwoławcze nie służy sanowaniu, w tym uzupełnianiu, decyzji Zamawiającego. Prowadziłoby to bowiem do uzyskania uprzywilejowanej pozycji zamawiającego w toku postępowania odwoławczego i uniemożliwiłoby zakwestionowanie faktycznych decyzji Zamawiającego i prowadzenie w tym zakresie skutecznej inicjatywy dowodowej przez wykonawcę. Nie ulega również wątpliwości, że ocenie podlega czynność Zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a nie w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, ujawniając w odpowiedzi na odwołanie faktyczne przyczyny unieważnienia postępowania w istocie przyznał, że dotychczas czynność ta nie poddawała

się ocenie ze strony wykonawców, bowiem nie mieli oni wiedzy o konkretnym zakresie uchybień. Nadto, nie znajdują potwierdzenia, w okolicznościach niniejszej sprawy, twierdzenia Zamawiającego, że na przyczynę unieważnienia postępowania wskazał sam Odwołujący w piśmie z dnia 08.03.2013 r. Na próżno bowiem w przedmiotowym piśmie poszukiwać informacji, iż wobec wymogów SIWZ może być zaoferowany w niniejszym postępowaniu tylko jeden preparat. Odwołujący wskazał jedynie, że wykonawca Medim Sp. z o.o. zaproponował preparat niespełniający wymagań Zamawiającego, ale powyższe nie uzasadnia domniemania, że istnieje na rynku tylko jeden preparat o cechach wskazanych przez Zamawiającego i że owo domniemanie faktyczne legło u podstaw decyzji Zamawiającego. Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego, że o przyczynach faktycznych unieważnienia postępowania Odwołujący mógł uzyskać wiedzę z akt postępowania. Pomijając nawet fakt, iż przepis art. 93 ust. 3 ustawy Pzp wymaga podania powodów unieważnienia w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, skierowanym do wykonawców, to twierdzenia Zamawiającego nie znajdują uzasadnienia. Wbrew stanowisku Zamawiającego, w zawiadomieniu o ofertach odrzuconych nie sposób odnaleźć informacji o tym, że opis przedmiotu zamówienia pozwalał na zaoferowanie tylko jednego produktu. Nadto, brak w dokumentacji postępowania opinii biegłej, powołanej w niniejszym postępowaniu, a przedstawionej na rozprawie. Przyjąć należy, biorąc pod uwagę fakt, że opinia ta nie zawiera daty ani też nie jest skierowana do komisji przetargowej tak jak inne opinie, znajdującego się w aktach postępowania, że przedmiotowa opinia została sporządzona jedynie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego.

Reasumując, skoro decyzja o unieważnieniu postępowania uniemożliwiła wykonawcom dokonanie oceny tej czynności, bowiem nie zawierała uzasadnienia faktycznego, odnoszącego się do okoliczności konkretnej sprawy, to stwierdzić należy, że przedmiotowa decyzja jest wadliwa, co z kolei przesądza o naruszeniu przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Okoliczność, iż przedmiotowa decyzja nie poddaje się ocenie może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem jest możliwe, że przyczyny, które Zamawiający zobowiązany jest podać nie znajdują potwierdzenia i decyzja o unieważnieniu może okazać się niesłuszna (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Zatem, Zamawiający chcąc utrzymać decyzję o unieważnieniu postępowania zobowiązany jest do podania faktycznych przyczyn jej podjęcia, dopóki tego nie uczyni czynność ta jako wadliwa winna podlegać unieważnieniu (art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy uznać za przedwczesny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: