

Sygn. akt: KIO/UZP 1208/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak

**Członkowie:** Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

**Protokolant:** Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego, 65-046 Zielona Góra, ul. Zyty 26** protestu z dnia 27 lipca 2009 r.

przy udziale **Alteris Sp. z o. o., 40-057 Katowice, u. PCK 6/3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczanego przez **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiernicza 84;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiernicza 84.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa i instalacja tomografu komputerowego.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 19 marca 2009 r., pod nr 2009/S 54-077980.

W dniu 27 lipca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego się z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego się i dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego się, w sprawie pojawiły się nowe dowody, które przesądzają nieprawidłowości decyzji podjętej przez Zamawiającego.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienia zgłosiła Alteris Sp. z o.o.

W dniu 6 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował o oddaleniu protestu wskazując, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania podyktowane jest rozstrzygnięciem dokonany w niniejszej sprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 765/09).

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc w dniu 14 sierpnia 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

W dniu 23 września 2009 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z żądaniem odrzucenia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustalił, co następuje:

Pismem z dnia 16 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, który to wybór został powtórzony w związku z powoływanym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. W wyniku dokonanej oceny Odwołujący się został wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zaś jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę złożoną przez Przystępującego.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Przepis art. 187 ust. 4 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek, stanowiących podstawę odrzucenia odwołania. Fakt ich zaistnienia Izba zobowiązana jest zbadać z urzędu (art. 187 ust. 6 ustawy Pzp). Jedną z przyczyn odrzucenia odwołania jest okoliczność wniesienia odwołania dotyczącego czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp). Zaistnienie przedmiotowej przesłanki Izba stwierdziła w niniejszej sprawie.

Zauważyć bowiem należy, iż w dniu 4 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego się. Wobec przedmiotowej czynności, w dniu 13 maja 2009 r., Przystępujący wniósł protest, którego ostatecznego rozstrzygnięcia dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 765/09). Izba stwierdziła m.in., że nie jest możliwe przy zastosowaniu generatora o mocy 60 kW, zaoferowanego przez Odwołującego się, uzyskanie parametrów, o których mowa w pkt 4.1 załącznika nr 1 do SIWZ. Dodatkowo, Izba uznała za zasadny zarzut braku zaoferowania przez Odwołującego się dedykowanego protokołu do oceny perfuzji trzustki. Z tych względów Izba nakazała powtórzenie czynności oceny ofert.

Zamawiający wypełnił dyspozycję wynikającą z sentencji przedmiotowego wyroku i zawiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 16 lipca 2009 r.). Zamawiający wykluczył Odwołującego się z postępowania z powodu okoliczności, które zostały stwierdzone przez Izbę w powoływanym wyroku. W tych okolicznościach kwestionowanie czynności Zamawiającego przez Odwołującego się nie znajduje uzasadnienia, czemu dał wyraz ustawodawca w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp. Ustawodawca stanął bowiem na stanowisku, iż co do zasady wszystkie czynności

Zamawiającego podlegają kontroli w trybie środków ochrony prawnej, z wyłączeniem tych, które zostały dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Zdziwienie budzi okoliczność, iż Odwołujący się prowadzi polemikę z decyzją Zamawiającego. Odwołujący się miał bowiem możliwości obrony swojej oferty w trakcie wcześniejszego postępowania protestacyjnego i odwoławczego, ale nie uczynił tego skutecznie. Powoływanie się na tym etapie postępowania na wyjaśnienia treści SIWZ, czy też na oświadczenia złożone w imieniu producenta, które to dowody były również przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak wskazano wyżej, nie zasługuje na ochronę. Odwołujący się kwestionując decyzję Zamawiającego, w istocie prowadzi polemikę z powołanym rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej, co jest niedopuszczalne. Odwołujący się nie zgadzając się z przedmiotowym orzeczeniem miał możliwość wniesienia skargi, z którego to uprawnienia skorzystał. Powyższa droga jest jedynym dopuszczalnym trybem kwestionowania orzeczeń Izby.

Odwołujący się podnosi, iż w sprawie pojawiły się nowe dowody, które rzekomo świadczą o wadliwości decyzji Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca jednakże uwagę, że ustawodawca sformułował bezwarunkowy obowiązek odrzucenia odwołania w sytuacji, w której dotyczy ono czynności dokonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Zaistnienie tej przesłanki skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania, niezależnie od faktu, czy w sprawie pojawiły się jakieś nowe dowody. Powyższe rozwiązanie podyktowane jest z pewnością szybkością postępowania odwoławczego oraz ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których wykonawcy uzyskując niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie postępowania, pod pretekstem pojawienia się nowych dowodów, powodowałiby jedynie rozwekłość postępowania. Nowe fakty i dowody można natomiast powołać w skardze na wyrok Izby (art. 194 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 368 § 1 pkt 4 k.c.). Nowe dowody, na który wskazuje Odwołujący się noszą datę 15 lipca 2009 r., zatem ich powołanie przez sądem okręgowym, było jak najbardziej możliwe.

Na marginesie wypada jedynie stwierdzić, że te nowe dowody stanowią jedynie kolejne oświadczenia osób występujących w imieniu producentów elementów tomografu. Są to dokumenty prywatne zawierające oświadczenia osób zainteresowanych wynikiem postępowania.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż zarzuty zgłoszone wobec oferty firmy Alteris Sp. z o.o. kwalifikują odwołanie do merytorycznego rozpoznania. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, iż w proteście wskazano jedynie, iż Zamawiający zaniechał domagania się wyjaśnień od firmy Alteris Sp. z o.o. w przedmiocie oprogramowania do oceny perfuzji trzustki, co zdaniem Odwołującego się, świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. Po drugie, zarzuty te są spóźnione i jako takie nie podlegają rozpoznaniu. Odwołujący się miał możliwość od chwili wyboru

najkorzystniejszej oferty (od dnia 4 maja 2009 r.), zgłoszenia zarzutów wobec innych ofert. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej powoduje, iż brak skorzystania z tego uprawnienia we właściwym terminie skutkuje utratą możliwości powoływania tych zarzutów w przyszłości. Po trzecie, zarzuty podniesione w pkt 2.1 odwołania, jako nie poprzedzone protestem nie podlegają rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp). Po czwarte, nie sposób uznać, iż Odwołujący się na etapie protestu kwestionuje ofertę Odwołującego się, skoro nawet nie żąda jej odrzucenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

