

Sygn. akt: KIO/UZP 512/10

**WYROK**  
**z dnia 22 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Członkowie: Robert Skrzyszewski**

**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Synthes Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, 20-954 Lublin, ul. dr K. Jaczewskiego 8**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu Nr 4, 20-954 Lublin, ul. dr K. Jaczewskiego 8 unieważnienie czynności wykluczenia Synthes Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części II/10 i dokonanie ponownej oceny ofert**

**2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, 20-954 Lublin, ul. dr K. Jaczewskiego 8 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Synthes Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, 20-954 Lublin, ul. dr K. Jaczewskiego 8** na rzecz **Synthes Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, 20-954 Lublin, ul. dr K. Jaczewskiego 8 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 25 marca 2010 roku wykonawca Synthes Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181, wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania i unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 10 w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu jednorazowego użytku cz. II/10-14 zadań” – w zakresie zadania nr 10.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami prawa,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że załączone zaświadczenie z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp nie potwierdza braku istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania,
- art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z brakiem podstaw faktycznych do skorzystania z tego przepisu, a ponadto w związku z dokonaniem niezgodnej z prawem czynności wykluczenia z postępowania odwołującego się, bowiem cena jego ofert nie daje podstaw do stwierdzenia, że zostanie zawarta umowa z cenami przewyższającymi występujące na rynku.

Wskazując na powyższe odwołujący się wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- dokonanie ponownej oceny ofert.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.1. D e) oraz siwz (część III lit. D, e) zobowiązał wykonawców do dołączenia do oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert,

zgodnie z treścią ogłoszenia (sekcja IV.3.4) i siwz (część VI pkt 2) został określony na dzień 9 marca 2010 roku.

Odwołujący się wraz z ofertą złożył zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego – zapytanie o udzielenie informacji o osobie dla pana Grzegorza N z pieczętą „Nie figuruje w Kartotece Krajowego Rejestru Karnego” z dnia 22 września 2009 roku.

Zamawiający pismem z dnia 17 marca 2010 roku poinformował o wykluczeniu odwołującego się z postępowania w zakresie zadania nr 10 wskazując na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i jednocześnie – na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – o odrzuceniu oferty odwołującego się, stwierdzając, że załączone do oferty zaświadczenie datowane na dzień 22 września 2009 roku nie potwierdza braku karalności w zakresie przestępstwa przeciwko środowisku, zaś dołączone w wyniku wezwania zaświadczenie z dnia 15 marca 2010 roku nie jest zaświadczeniem wystawionym przed terminem składania ofert. Jednocześnie zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp unieważnił postępowanie w zakresie zadania nr 10 stwierdzając, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jak wynika z informacji o unieważnieniu postępowania, zamawiający błędnie wycenił przedmiot zamówienia poprzez rozeznanie rynku i nie leży w jego interesie zawarcie umowy z cenami przewyższającymi występujące na rynku.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wykluczenie odwołującego się z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą oraz unieważnienie postępowania uniemożliwia mu bowiem uzyskanie przedmiotowego zamówienia

Istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie ma moment wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pismem z dnia 31 marca 2010 roku skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający poinformował, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku cz. II/10 zostało wszczęte w dniu 27 stycznia 2010 roku.

Z wyjaśnień udzielonych przez pełnomocnika zamawiającego złożonych na posiedzeniu KIO wynikało, że w tym dniu zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu celem jego opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2010 roku. W tym samym dniu zostało zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż postępowanie w istocie zostało wszczęte w dniu 29 stycznia 2010 roku. Przemawiają za tym następujące argumenty:

- Po pierwsze, liczenie terminu składania ofert od dnia przekazania ogłoszenia do w celu jego upublicznienia ma przede wszystkim na celu precyzyjne obliczenie i wskazanie terminu (datę) składania ofert przez zamawiającego. Obliczenie terminu składania ofert od dnia przekazania ma zatem charakter formalny.

- Po drugie, za przyjęciem daty publicznego ogłoszenia o przetargu za moment wszczęcia postępowania przemawia definicja przetargu nieograniczonego (art. 39 ustawy Pzp), która wyraźnie wskazuje na to, iż oferty składa się w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie. Trudno za takie uznać czynność przekazania ogłoszenia.

- Po trzecie, art. 40 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie przesądza, iż wszczęcie postępowania następuje poprzez ogłoszenie przez zamawiającego o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej. Przepis ten wyraźnie przesądza, iż momentem tym jest upublicznienie ogłoszenia o przetargu, a takim nie jest sama czynność przekazania ogłoszenia.

- Po czwarte, przy założeniu, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym stanowi oświadczenie woli, przy rozstrzygnięciu omawianego problemu posiłkować można się również przepisami Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 61 § 1 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę, iż adresatem ogłoszenia są wykonawcy, należy uznać, iż skutecznie jest ono złożone z chwilą, z którą mogą oni się zapoznać z jego treścią, a więc w momencie jego upublicznienia.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego. W trybie przetargowym dniem wszczęcia postępowania będzie więc co do zasady data

zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym, które publikowane jest w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej.

Powyższe ustalenie jest istotne z uwagi na fakt, iż do przedmiotowego postępowania ma zastosowanie ustawa – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku. Zgodnie z art. 4 ust. 1 tejże ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Wobec powyższego do postępowań wszczętych w dniu wejścia ustawy oraz po tym dniu należy stosować przepisy wprowadzone ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku. Ma to istotne znaczenie ze względu na fakt, iż odwołujący się w przedmiotowym postępowaniu nie był obowiązany do wnoszenia protestu, lecz od razu winien był złożyć odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do zarzutów merytorycznych odwołania Izba uznała je za słuszne i zasługujące na uwzględnienie. Odwołujący się dołączył do oferty informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 22 września 2009 roku informującą, że Pan Grzegorz N nie figuruje w kartotece Krajowego Rejestru Karnego. Informacja ta potwierdza brak przesłanek do wykluczenia odwołującego się w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Określenie „nie figuruje” jest bowiem równoznaczne z tym, iż dana osoba nie została skazana za żadne przestępstwo, w tym również za przestępstwo przeciwko środowisku. Na taką kwalifikację nie wpływa fakt, iż w zapytaniu określono rodzaj danych (w tym rodzaj przestępstw), które mają być przedmiotem informacji.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, z której wynika, iż informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o udzielenie zamówienia albo składania ofert, w postaci zapytania lub wniosku zawierającego adnotację „Nie figuruje” zachowują swoją aktualność i potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Wobec powyższego wykonawcy mogą nadal posługiwać się takimi informacjami z rejestru (zaświadczeniami o niekaralności) w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Resumując stwierdzić należy, iż zaświadczenie z dnia 22 września 2009 roku, załączone do oferty odwołującego się potwierdzało brak podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak było również podstaw do unieważnienia postępowania w zakresie zadania 10 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych ugruntowane jest stanowisko, iż interes publiczny, o którym mowa w tym przepisie, nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. Zamawiający nie wskazał zaś, dlaczego kontynuowanie przedmiotowego postępowania miałyby naruszać interes publiczny, natomiast w piśmie z dnia 26 marca 2010 roku przyznał, że błędnie wycenił przedmiot zamówienia poprzez rozeznanie rynku i nie leży w jego interesie zawarcie umowy z cenami przewyższającymi występujące na rynku. Przyjąć zatem należy, iż nie może być tu mowy o naruszeniu interesu publicznego. Nadal istnieje potrzeba przeprowadzenia postępowania i udzielenie zamówienia, zaś indywidualny interes zamawiającego nie może stanowić przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 198a ust. 1, 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....