

Sygn. akt: KIO/UZP 458/08

WYROK
z dnia 27 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Medyk Plus Hurt Sp. z o.o., ul. Traktorowa 128, 91-204 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź** protestu z dnia 29 kwietnia 2008 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pakietu 3 poz. 1**

- 2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Medyk Plus Hurt Sp. z o.o., ul. Traktorowa 128, 91-204 Łódź;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź** na rzecz **Medyk Plus Hurt Sp. z o.o., ul. Traktorowa 128, 91-204 Łódź**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kwoty wpisu zaliczonej w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Medyk Plus Hurt Sp. z o.o., ul. Traktorowa 128, 91-204 Łódź**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup soczewek, noży, narzędzi i drobnego sprzętu okulistycznego 12/ZP/2008”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Medyk Plus Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 1 marca 2008 r. (nr ogłoszenia 2008/S 43-059531). Postępowanie to prowadzi Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, zwany dalej: „*Zamawiającym*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”. Przedmiotowe postępowanie Zamawiający podzielił na 4 pakiety, a te na poszczególne pozycje. Przy czym Zamawiający zastrzegł, że wykonawcy mogą składać oferty na całość zamówienia lub na poszczególne pakiety, a w przypadku pakietów 2 i 3 mogą składać oferty na poszczególne pozycje asortymentowe – pakiet 2 z dwudziestoma dwoma pozycjami, pakiet 3 z pięcioma pozycjami (Rozdz. IX pkt 9 SIWZ).

Zamawiający w piśmie z dnia 23 kwietnia 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w postępowaniu w poszczególnych pozycjach i pakietach oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie:

- pakietu 2 poz. 1;
 - pakietu 2, poz. 2;
 - pakietu 2 poz. 13;
 - pakietu 2 poz. 14;
- w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy (nie wpłynęła żadna ważna oferta) oraz
- pakietu 2 poz. 8;
 - pakietu 3 poz. 5;
- w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy (cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) oraz
- pakietu 3 poz. 1;
 - pakietu 3 poz. 2;
- w trybie art. 93 ust. 1 pkt 6 (wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym czego nie można było wcześniej przewidzieć).

W informacji tej Zamawiający wskazał również, że oferta Odwołującego została odrzucona w całości w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ nie odpowiadała treści SIWZ.

Na tę czynność odrzucenia oferty oraz unieważnienia postępowania w pakiecie 3 poz. 1 Odwołujący w piśmie z dnia 29 kwietnia 2008 r. złożył protest, podnosząc naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy: art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 3 ustawy i żądając powtórzenia oceny ofert i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący w proteście zakwestionował unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w pakiecie nr 3 poz. 1 w trybie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamawiający – w ocenie Odwołującego - przytaczając treść przepisu (uzasadnienie prawne), nie podając konkretnej przyczyny unieważnienia postępowania (uzasadnienie faktyczne), naruszył art. 93 ust. 3 ustawy. We wstępie do protestu Odwołujący wskazał również na bezzasadność unieważnienia postępowania w części dotyczącej pakietu 3 pozycja 2.

Jednocześnie też w treści protestu Odwołujący wskazał na brak podstaw do odrzucenia jego oferty w postępowaniu. Podniósł, że zaoferował nowy asortyment - soczewkę 6411 AB. Soczewka ta została oceniona przez Instytut Jakości, który wystawił certyfikat CE. Poza tym załączone do oferty prospekty potwierdzają, że soczewka jest

zgodna z wymaganiami załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę nie miał do tego podstaw, a jeśli miał w tym względzie jakieś wątpliwości mógł skorzystać z prawa do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2008 r. doręczonym Odwołującemu drogą faksową w dniu 9 maja 2008 r. rozstrzygnął złożony przez Odwołującego protest poprzez jego:

- 1) uwzględnienie w części dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego złożonej do pakietu 3 poz. 1
- 2) oddalenie w części dotyczącej unieważnienia postępowania – dotyczy pakietu 3 poz. 1
- 3) oddalenie w części dotyczącej unieważnienia postępowania – dotyczy pakietu 3 poz. 2. Tu wskazał jednocześnie, że Odwołujący nie miał interesu prawnego w żądaniu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części zamówienia określonej w pakiecie 3 poz. 2, ponieważ nie złożył w tym pakiecie i pozycji swojej oferty.

Odnosząc się do zarzutu unieważnienia postępowania w pakiecie 3 poz. 1, w którym Odwołujący złożył swoją ofertę, Zamawiający podał faktyczną podstawę unieważnienia postępowania w tym zakresie. Mianowicie - istotną zmianą okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć jest informacja, którą Zamawiający otrzymał w toku postępowania, o możliwości zakupu soczewek za dużo niższą kwotę niż przewidywał podczas szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Dlatego też unieważnił on postępowanie w tym pakiecie i w tej pozycji.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, zawarte w piśmie z dnia 14 maja 2008 r. (w tej samej dacie odwołanie zostało złożone w palcówce pocztowej operatora publicznego). Kopię odwołania Odwołujący w dniu 14 maja 2008 r. przekazał Zamawiającemu.

W treści odwołania podtrzymał on te same zarzuty i argumentację zawartą w proteście (nie podnosząc jedynie zarzutów w odniesieniu do pakietu 3 poz. 2, w którym nie składał oferty) i wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania dotyczącego pakietu 3 poz. 1.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty handlowej z dnia 1 kwietnia 2008 r., złożonej Zamawiającemu i przedłożonej Izbie w trakcie rozprawy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten, jako wykonawca, którego oferta w efekcie została oceniona przez Zamawiającego jako nie podlegająca odrzuceniu, mający szanse na uzyskanie zamówienia, miał prawo do kwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w pakiecie i pozycji, w której złożył swoją ofertę w postępowaniu.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Spór toczący się przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczy bezzasadnie – zdaniem Odwołującego – unieważnionego postępowania w zakresie pakietu nr 3 poz. 1. W tym to pakiecie i pozycji Odwołujący złożył w postępowaniu swoją ofertę z ceną łączną (za 800 szt. soczewek) 183 184,00 zł brutto. Zamawiający jednak pomimo uwzględnienia w rozstrzygnięciu protestu zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego podtrzymał swoją decyzję o unieważnieniu tego częściowego postępowania. Podstawą decyzji Zamawiającego był bowiem przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, tj. wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym czego nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie Odwołującego, Zamawiający swoim postępowaniem naruszył wskazany przepis, ponieważ niniejsza przesłanka nie zaistniała w omawianym przypadku, a ponadto, nie wskazując podstaw faktycznych tej decyzji, naruszył on również art. 93 ust. 3 ustawy.

Zamawiający dopiero w rozstrzygnięciu protestu wskazał faktyczną podstawę unieważnienia postępowania w powołaniu na przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, tj. informację, którą Zamawiający otrzymał w toku postępowania, o możliwości zakupu soczewek za dużo niższą kwotę niż przewidywał podczas szacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Wskazana przez niego podstawa i uzasadnienie faktyczne, w ocenie składu orzekającego Izby, nie zasługują na uwzględnienie. Okoliczność, iż Zamawiający w trakcie trwania procedury dowiedział się o tym, że na rynku istnieje możliwość zakupu soczewek po niższych cenach, i to ma stanowić o zagrożeniu interesu publicznego nie wydaje się wystarczająca. Nikt bowiem nie zagwarantuje Zamawiającemu, że w kolejnym postępowaniu, wszczętym przez niego po unieważnieniu niniejszego, zostaną złożone oferty tańsze. Może się nawet zdarzyć wprost przeciwnie – wykonawcy, zdobywszy rozeznanie cenowe w ramach toczącego się aktualnie postępowania mogą składać oferty droższe. To, że na rynku są soczewki tańsze jest twierdzeniem Zamawiającego, popartym złożoną mu ofertą handlową przez inną firmę, która po upływie terminu składnia ofert praktycznie złożyła ofertę cenową na zakup soczewek będących przedmiotem niniejszego zamówienia na kwotę 158 360,00 zł brutto. Jeśli faktycznie są wykonawcy, którzy są w stanie zaoferować dużo tańsze oferty, powinni oni byli złożyć swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu, które było prowadzone przez Zamawiającego w trybie konkurencyjnym (przetarg nieograniczony) i umożliwiającym powszechny dostęp do zamówienia. Uwzględnienie przez Zamawiającego składnej przez inną firmę w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia oferty handlowej w trybie poza ustawowym, może świadczyć o działaniu noszącym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto należy wskazać, że różnica cenowa pomiędzy ofertą złożoną formalnie w postępowaniu (oferta Odwołującego), a ofertą handlową złożoną Zamawiającemu po upływie terminu składnia ofert nie jest rażąca – jest to bowiem kwota 24 824,00 zł. Powyższe przy wartości wskazanych ofert oraz wartości szacunkowej całego przedmiotu zamówienia może jedynie świadczyć o konkurencji na rynku, z czym Zamawiający powinien się liczyć, nie stanowi zaś naruszenia interesu publicznego, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający wszczynając postępowanie powinien mieć bowiem świadomość, że firmy funkcjonujące na rynku mogą mu złożyć różne oferty cenowe oraz okoliczność, że jakaś firma, mogąca zaoferować dany produkt po cenach korzystniejszych, z jakichś względów nie będzie zainteresowana udziałem w postępowaniu.

Argumentacja Zamawiającego podniesiona na rozprawie, iż firma, która złożyła Zamawiającemu po upływie terminu składnia ofert swoją ofertę handlową nie mogła złożyć formalnie oferty w postępowaniu bowiem nie posiadała wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia (2 dostawy), a po unieważnieniu tego postępowania Zamawiający w kolejnym postępowaniu dostosuje warunki udziału w postępowaniu dopuszczając do niego krócej funkcjonujące na rynku firmy, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego postawiony przez Zamawiającego warunek dwóch dostaw w okresie trzech lat lub – jeśli firma działa krócej – w tym okresie, nie jest warunkiem wygórowanym przy wartości szacunkowej niniejszego zamówienia, prowadzonego na

zasadach powyżej progów UE. Jeśli jakiś wykonawca czuł się dyskryminowany w niniejszym postępowaniu, poprzez np. sformułowanie warunków udziału, miał prawo do korzystania w tym zakresie ze środków ochrony prawnej w odpowiednim momencie. Skoro tego nie uczynił późniejsze składanie przez niego oferty handlowej, a następnie decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z tego właśnie powodu i deklaracja o dostosowaniu warunków udziału do innych wykonawców nie jest zasadna. Warunki udziału w postępowaniu określa się bowiem w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie pojawiających się *ad hoc* możliwości konkretnych firm oferujących Zamawiającemu świadczenie dostaw. Takie działanie Zamawiającego może doprowadzić go do sytuacji, w której w każdym prowadzonym przez niego postępowaniu wykonawcy będą składać swoje nieformalne oferty handlowe korzystniejsze dla Zamawiającego, nawet w celu eliminacji konkurencji na rynku, a następnie niekoniecznie będą zainteresowani wzięciem udziału w konkurencyjnej procedurze udzielenia zamówienia prowadzonej w trybie przepisów ustawy.

Wskazywanie przez Zamawiającego na niewłaściwy sposób oszacowania zamówienia poprzez jego zawyżenie nie ma w tym zakresie również żadnego uzasadnienia. Zamawiający, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy oblicza wartość zamówienia z należytą starannością. Jednocześnie, zgodnie z ust. 2 przywołanego artykułu, Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Przywołane przepisy nie stanowią o negatywnych konsekwencjach dla Zamawiającego w sytuacji, gdy zawyży on wartość zamówienia i np. stosuje bardziej obostrzone regulacje ustawy niż powinien był w tym przypadku stosować. Wyłącznie dzielenie zamówienia na części oraz zaniżanie jego wartości, które ma służyć uniknięciu stosowania generalnie przepisów ustawy, bądź niektórych jej przepisów, wskazuje na naruszenie przepisów ustawy.

Tym samym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego poprzez unieważnienie postępowania w pakiecie 3 poz. 1 art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Niewątpliwie Zamawiający nie wskazał również w uzasadnieniu o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 3 poz. 1, uzasadnienia faktycznego podjętego rozstrzygnięcia. Niemniej jednak uzasadnienie to pojawiło się w rozstrzygnięciu protestu, częściowo uwzględnionego przez Zamawiającego. Tym samym skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że podnoszenie w odwołaniu tego jednego zarzutu przez Odwołującego jest nieskuteczne. Odwołujący w ocenie Izby utracił interes prawny w jego podnoszeniu na etapie postępowania odwoławczego, wobec tego, że Zamawiający uwzględniając częściowo ten protest podał uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 3 poz. 1, czym wypełnił wymóg formalny wynikający

z art. 93 ust. 3 ustawy. Tym samym zatem wskazany zarzut został niejako przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu również uwzględniony. Uwzględniając powyższe zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy nie był przez Izbę rozpatrywany.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), tj. ograniczając kwotę 3 660,00 zł z przedłożonego rachunku do kwoty 3 600,00 zł, określonej w przywołanym przepisie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*