

Sygn. akt: KIO 918/10

POSTANOWIENIE

z dnia 27 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący- członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na niejawnym posiedzeniu ~~rozprawie~~ w dniu 27 maja 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 17 maja 2010 r. wniesionego przez **RATOWNIK W. Wnorowski Spółka jawna ul. Odyńca 55/10, 02 - 606 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Onkologii Instytut M. Skłodowskiej – Curie Oddział w Krakowie ul. Garncarska 11, 31-115 Kraków** - przetarg na dostawę ambulansu sanitarnego.

przy udziale wykonawcy XXX, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie XXX.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania w kwocie **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) obciąża **RATOWNIK W. Wnorowski Spółkę jawną ul. Odyńca 55/10, 02- 606 Warszawa.**

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę ambulansu sanitarnego (BZP Nr 1 poz. 96176 z 7.04.2010 r.), w dniu 17 maja 2010 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę RATOWNIK W. Wnorowski Spółkę jawną z siedzibą w Warszawie, którego kopia została przekazana zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia odwołującego pismem z dnia 11 maja 2010 r. o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu Centrum Onkologii Instytutowi M. Skłodowskiej – Curie Oddział w Krakowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65 poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778, dalej ustawy Pzp), tj. art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy przez niezgodnie z prawem odrzucenie oferty RATOWNIK M. Wnorowski Sp. j.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty RATOWNIK M. Wnorowski Sp. j.

W uzasadnieniu odwołujący podał, iż jest jednym z czołowych dostawców sprzętu ratownictwa medycznego w Polsce. W wyniku bezpodstawnych działań zamawiającego, pozbawiony jest możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia a tym samym został naruszony jego interes prawny. W wyniku dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, spółka może ponieść szkodę w postaci *lucrum cessans*, w związku z czym jest ona legitymowana do wnoszenia środka ochrony prawnej. Odwołujący mając na względzie treść § 13 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48 poz. 280) wnosił o skierowanie odwołania do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron. Wyjaśnił, iż zamawiający w dniu przekazania ogłoszenia do publikatora, zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na wskazanej stronie internetowej. W ustawowo przewidzianym do dokonania tej czynności terminie, wykonawcy wnieśli zapytania dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Organizator przetargu w konsekwencji zapytań w dniach 12 i 13 kwietnia 2010 r. zmodyfikował zapisy załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego opis wymagań zamawiającego. W postępowaniu złożono dwie oferty pochodzące od wykonawców W.A.S. Wietmarscher Polska Sp. z o.o. i odwołującego. W dniu 28 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował uczestników procedury o dokonaniu wyboru

oferty najkorzystniejszej. W jej następstwie za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawcę W.A.S. Wietmarscher Polska Sp. z o.o. Z wynikiem postępowania nie zgodził się odwołujący w związku z czym w dniu 29 kwietnia 2010 r. złożył informację o nieprawidłowościach, którą zamawiający uznał za zasadną. W konsekwencji tego przekonania w dniu 5 maja 2010 r. dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert i poinformował odwołującego o odrzuceniu, z szeregu powodów, oferty złożonej przez wykonawcę W.A.S. Wietmarscher Polska Sp. z o.o. i wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W piśmie tym zamawiający wezwał jednocześnie odwołującego do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w dniu 11 maja 2010 r.

Do podpisania umowy w przedmiotowym postępowaniu jednak nie doszło, a to za sprawą przekazanej, przez zamawiającego w wyznaczonym przezeń dniu podpisania umowy, informacji o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania. Jako powód odrzucenia oferty, zamawiający wskazał, iż „zaoferowano nosze wyposażone w rączki wysuwane teleskopowo do przenoszenia noszy blokowane w jednej pozycji, zamawiający wymagał noszy wyposażonych w rączki wysuwane teleskopowo i blokowane przynajmniej w dwóch pozycjach.” Jednocześnie zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania z uwagi na to, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający nie wskazał przy tym na to, która z hipotez przewidzianych w treści art. 146 ustawy Pzp została ziszczona. Jako uzasadnienie decyzji zaprezentował pogląd, iż udzielił błędnej odpowiedzi na zapytania wykonawców dotyczące wymagań względem przedmiotu zamówienia, skutkujące koniecznością odrzucenia jedynej ważnej oferty, tj. oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego, złożona przezeń oferta jest zgodną z wymaganiami SIWZ. Wskazane przez organizatora przetargu powody odrzucenia oferty odwołującego nie znajdują oparcia w treści złożonej oferty oraz stanie rzeczywistym. Są niezgodne z charakterystyką zaoferowanego sprzętu. Twierdzenia zamawiającego o rzekomej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ wykonawca uznał za gołosłowne, Przedstawił oświadczenie wyłącznego autoryzowanego przedstawiciela handlowego i dystrybutora Ferno Wilmigton USA, producenta zaoferowanych noszy EFX wraz z dokumentami uwierzytelniającymi. Wskazywał, że zamawiający nie wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Podnosił, iż przekonanie zamawiającego, rewidujące jego poglądy względem zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ zaistniało podczas trzeciej czynności badania i oceny ofert przeprowadzonej po dniu 7 maja 2010 r. Zamawiający nie dając możliwości obrony odwołującemu, zastrzegł także w piśmie z 11 maja 2010 r., iż od podjętej czynności wykonawcy nie przysługuje prawo wniesienia odwołania. Pismo z dnia 11 maja 2010 r. zostało adiustowane w taki sposób, aby dokonana czynność odrzucenia oferty

odwołującego, będąca de facto przyczyną unieważnienia postępowania była jak najmniej uwidocznioma. Powyższe nasunęło odwołującemu konkluzję, iż działanie zamawiającego, być może, nastawione było celowo na ograniczenie praw wykonawcy za wykorzystaniem swoistej nieścistości prawnej. Przepisy ustawy co prawda przyznają prawo do wniesienia odwołania na czynności wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty, jednakże nie przyznają tego prawa od czynności unieważnienia postępowania, która może być przez nadużywających swych praw zamawiających wykorzystywana celem obejścia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Próba pozbawienia odwołującego przysługującego jemu w przedmiotowym postępowaniu środka ochrony prawnej, mając na względzie w szczególności wzajemne korelacje pomiędzy czynnościami zamawiającego w toku postępowania, zdaniem odwołującego, traktowana winna być jako przejaw nadużycia prawa o jakim mowa w treści art. 5 Kodeksu cywilnego. Odwołujący powołał się na pogląd sprowadzający się do możliwości składania skutecznych środków ochrony prawnej od czynności odrzucenia oferty, wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2009 r. sygn. akt III CZP 110/09. W przekonaniu odwołującego, choć być może jest to pogląd w obecnej sytuacji prawno-faktycznej niepopularny i odosobniony, do katalogu najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców oprócz decyzji o wykluczeniu wykonawcy czy odrzuceniu oferty, winno się także zaliczać decyzję o unieważnieniu postępowania, która chociażby tak jak w przedmiotowym postępowaniu powoduje u odwołującego powstanie szkody o jakiej mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, po dacie wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), Izba stwierdza, iż do rozpoznania niniejszej sprawy zastosowanie znajdują przepisy w brzmieniu znowelizowanym.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na odwołanie w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy o wartości podanej w protokole postępowania w kwocie 46 887,21 euro, co potwierdził zamawiający pismem z dnia 19 maja 2010 r., doręczonym na wezwanie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795) ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się UOPWE jeżeli wartość zamówienia dla

dostaw przekracza kwotę 125 000 euro lub 193 000 euro, w zależności od podmiotu prowadzącego przetarg. Postępowanie zostało wszczęte w dacie 7.04.2010 r. przez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 poz. 96176.

Faktem jest, iż pismem z dnia 5 maja 2010 r. zamawiający powiadomił odwołującego o wyborze jego oferty i wyznaczył termin na zawarcie umowy dnia 11 maja 2010 r. W protokole postępowania nie odnotowano czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanej po dacie 5 maja 2010 r. Zamawiający nie zawiadomił również odwołującego o dokonaniu takiej czynności. Jediną czynnością podjętą przez zamawiającego, o której wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zostali powiadomieni było unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jednocześnie zamawiający zaznaczył, iż wobec tak podjętej czynności odwołanie nie przysługuje. W uzasadnieniu swego pisma zamawiający podnosił, iż udzielił błędnej odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania, przez co spowodował ograniczenie konkurencji, mimo że sytuacja taka nie była przez niego zamierzona. Wyjaśniał, iż analizując złożone oferty podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert, (w ślad za informacją złożoną przez odwołującego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 7 maja 2010 r.), zamawiający zauważył, że w wyniku omyłki popełnionej w odpowiedziach na zapytania wykonawców, obie złożone w postępowaniu oferty podlegałyby odrzuceniu.

1) odwołujący zaoferował nosze wyposażone w rączki blokowane w jednej pozycji, na wymagane dwie pozycje,

2) konkurencyjny wykonawca zaoferował natomiast podbierak wykonany z aluminium zamiast wymaganego z tworzywa sztucznego.

Zdaniem Izby, z powyższego materiału dowodowego wynika, iż zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego. Unieważnił natomiast prowadzone postępowanie wskazując, iż wskutek udzielonych błędnych odpowiedzi na zadawane do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapytania, oferty obydwu wykonawców, które zostały złożone w postępowaniu kwalifikowałyby się do odrzucenia. Stwierdzenie takie w ocenie Izby, nie jest równoznaczne z podjęciem wprost czynności odrzucenia oferty. Stanowi natomiast uzasadnienie dla unieważnienia postępowania. Czynność unieważnienia postępowania niweczy wszelkie wcześniej podjęte czynności zamawiającego, i ich skutki, a więc także dokonany wybór oferty odwołującego z dnia 5 maja 2010 r.

Z tych względów Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż jego odwołanie dotyczy czynności zamawiającego odrzucenia złożonej oferty, ponieważ wobec faktu unieważnienia postępowania, czynność taka nie została podjęta. Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od reguły, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniach o wartości powyżej progów

określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a więc nie podlega wykładni rozszerzającej i powinien być interpretowany ściśle zgodnie z jego gramatycznym brzmieniem, w ramach wykładni językowej. Tak też wypowiedział się Sąd Najwyższy w przywołanej przez odwołującego uchwale z dnia 9 grudnia 2009 r. sygn. akt III CZP 110/09, „Będący przedmiotem wykładni art. 184 ust. 1a ustawy Pzp został wprowadzony ustawa zmieniającą z dnia 4 września 2008 r. (...) celem tej nowelizacji, która znosiła obowiązujące dotychczas generalne wyłączenie odwołania w postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, było jednocześnie ograniczenie odwołań jedynie do najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców. W związku z tym, iż przyjęte w art. 184 ust. 1a przypadki mają wyjątkowy charakter (...) konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków.” „ W uzasadnieniu projektu nowelizacji, przewidującej przywrócenie możliwości odwołań od rozstrzygnięć protestów, podkreśla się uwzględnienie stanowiska Komisji Europejskiej i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w których zwraca się uwagę na konieczność zapewnienia w postępowaniach, które nie są lub są częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie z postępowania, czy też odrzucenie oferty (Komunikat wyjaśniający Komisji: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2006/C 179/02). Bezpośrednim wyrazem uwzględnienia tych postulatów jest objęcie możliwością odwołania rozstrzygnięć protestów dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówień publicznych oraz odrzucenia oferty (art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 u.p.z.p.), transponującym do prawa polskiego treść art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 lit (a) Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane.”

W postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych ustawodawca nie przyznał wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania od czynności unieważnienia postępowania, nawet wówczas gdy w przekonaniu uczestnika przetargu, czynność taka jest bezprawna, narusza przepisy i uprawnienia oferentów, czy też stanowi obejście przepisów ustawy. Wykonawca może złożyć jedynie informację w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp o niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności lub zaniechaniu czynności, do której zamawiający był zobowiązany. Z procedury takiej odwołujący korzystał, a więc był świadomy, iż odwołanie w danej sprawie mu nie przysługuje.

Należy również mieć na względzie, iż zamawiający przyznał, że unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn popełnionych przez niego omyłek w udzielonych odpowiedziach, a więc leżących po stronie zamawiającego. W takiej sytuacji, zgodnie z art.

93 ust. 4 ustawy Pzp wykonawcy służy roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w przetargu. Ponadto z mocy art. 93 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający będzie zobowiązany poinformować uczestników unieważnionego przetargu o wszczęciu nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia.

Skoro ustawa nie zezwala na wnoszenie odwołania od czynności unieważnienia postępowania, to tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do ustaleń i rozważań oraz podjęcia rozstrzygnięcia w zakresie, czy czynność taka znajdowała uzasadnienie w konkretnych okolicznościach danej sprawy, czego domaga się odwołujący.

Bezspornie ustaloną i niekwestionowaną okoliczność stanowi, iż wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu nie przekracza kwot wymienionych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Katalog ten jest zamknięty i nie daje podstawy wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o wartości mniejszej niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, do zaskarżania odwołaniem czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stanowiącym, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z tych względów odwołanie podlegało odrzuceniu stosownie do postanowień art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Podstawy odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie negatywnej przesłanki procesowej wynikającej z treści art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań, nawet gdyby były one uzasadnione stanem faktycznym i prawnym sprawy.

Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i art. 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 niniejsze ~~wyrok~~ **postanowienie*** - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....