

Sygn. akt: KIO/UZP 1107/10

WYROK
z dnia 18 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Honorata Łopianowska
Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Promed” S.A., 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1b od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Radomski Szpital Specjalistyczny im. dr Tytusa Chałubińskiego, 26-610 Radom, ul. Tochtermana 1 protestu z dnia 13 maja 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie, unieważnić czynność unieważnienia postępowania w częściach 3, 4, 5, 7 i 9 oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w tych częściach,
2. kosztami postępowania obciąża Radomski Szpital Specjalistyczny im. dr Tytusa Chałubińskiego, 26-610 Radom, ul. Tochtermana 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**Promed**” S.A., 01-520 Warszawa, ul. **Krajewskiego 1b**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Radomski Szpital Specjalistyczny im. dr Tytusa Chałubińskiego, 26-610 Radom, ul. Tochtermana 1** na rzecz „**Promed**” S.A., 01-520 Warszawa, ul. **Krajewskiego 1b** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Promed**” S.A., 01-520 Warszawa, ul. **Krajewskiego 1b**.

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup, dostawę, montaż aparatu USG 3 szt., aparatu RTG przewoźnego 1 szt., aparatu do znieczulania 5 szt., respiratora dla dorosłych 4 szt., kardiomonitora 1 szt., kardiomonitora z funkcjami podstawowymi 9 szt., respiratora przenośnego 1 szt., aparatu EKG z wózkiem 2 szt., pompy infuzyjnej 6 szt. dla potrzeb wyposażenia Pawilonu Ginekologiczno - Położniczego Radomskiego Szpitala Specjalistycznego" wykonawca - PROMED S.A. (dalej „protestujący” lub „odwołujący”) złożył protest wobec bezpodstawnego unieważnienia postępowania w części nr 3, 4, 5, 7 i 9, zarzucając zamawiającemu - Radomskiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. Dr Tytusa Chałubińskiego naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”).

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części nr 3, 4, 5, 7 i 9,
2. dokonanie oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach.

Protestujący zakwestionował wskazane przez zamawiającego uzasadnienie unieważnienia postępowania we wskazanych częściach, tj. iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, polegającą na opisie przedmiotu zamówienia, w którym użyto parametrów wskazujących konkretnego producenta, przez co ograniczono krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Protestujący podniósł, że unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od zasady i powinno się kończyć podpisaniem umowy z wykonawcą, zaś przyczyny unieważnienia enumeratywnie wyliczono w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący wskazał, że nikt oprócz samego zamawiającego, pomimo upływu blisko czterech miesięcy od opublikowania SIWZ, wady nie dostrzegł.

Dodatkowo podał, że zamawiający nie wskazał ani jednej cechy któregokolwiek z kilkunastu zamawianych urządzeń, która by sugerowała, że chodzi o sprzęt konkretnego producenta. Stwierdził, że wszędzie tam, gdzie było to możliwe opis przedmiotu zamówienia odwołuje się do mierzalnych parametrów, które podlegają łatwej weryfikacji.

Zamawiający oddalił protest, podnosząc, że fakt złożenia po jednej ofercie w danym zakresie w pewnym stopniu potwierdza wnioski zamawiającego związane z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, wobec czego zamawiający świadomy odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, chcąc uniknąć konsekwencji swych błędnych decyzji, postanowił postępowanie unieważnić i w kolejnym postępowaniu dokonać czynności zgodnych z obowiązującym prawem.

Dodatkowo wskazał, że wystarczającym zadośćuczynieniem za nie zakończone zawarciem umowy postępowanie jest ustawowe roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawarte uprzednio w proteście.

Pismem z dnia 09.06.2010 r., skierowanym do Departamentu Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający oświadczył, że „w całości uznaje zarzuty

przedstawione w odwołaniu firmy Promed” oraz, że „dokonana czynności sprawdzenia, oceny i wyboru oferty złożonych w niniejszym postępowaniu”.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie (rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i 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 ze zm.) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła nadto, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdził się zarzut, że zamawiający bezprawnie unieważnił postępowanie w częściach nr 3, 4, 5, 7 i 9, w których odwołujący jako jedyny złożył ofertę (część 3, 5, 7, i 9) albo złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo (część 4) w sytuacji, gdy cena stanowi, zgodnie z pkt 15.1. SIWZ, jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w tych częściach.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowód z następujących dokumentów:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
2. Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

- ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. - Prawo zamówień publicznych (ZP - 1) wraz z załącznikami (w tym ZP - 12),
3. informacji zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 06.05.2010 r. (znak pisma: RSS/ZPiZ/P-05/16/10),
 4. ogłoszenia z dnia 12.05.2010 r. (2010/S 92 - 137063),
 5. Notatki z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 04.05.2010 r. (znak pisma: RSS/ZPFSiZ/P-05/22/10),
 6. pisma Kierownika Zamówień Publicznych, Funduszy Strukturalnych i Zaopatrzenia z dnia 07.06.2010 r. do Działu Radców Prawnych, zawierającego prośbę o opinię co do właściwego uzasadnienia unieważnienia postępowania (znak pisma: RSS/ZPiZ/P-05/28/10),
 7. pisma radcy prawnego z dnia 08.06.2010 r. zawierającego opinię co do właściwego uzasadnienia unieważnienia postępowania (znak pisma: Rp-207/10),
 8. pisma zamawiającego z dnia 22.02.2010 r. zawierającego odpowiedzi na zapytania wykonawców (znak pisma: RSS/ZPiZ/P-05/8/10),
 9. pisma zamawiającego z dnia 22.03.2010 r. zawierającego odpowiedzi na zapytania wykonawców (znak pisma: RSS/ZPiZ/P-05/10/10),
 10. protestu z dnia 13.05.2010 r.,
 11. rozstrzygnięcia protestu z dnia 24.05.2010 r.,
 12. odwołania z dnia 02.06.2010 r.,
 13. pisma zamawiającego z dnia 09.06.2010 r., skierowanego do Departamentu Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zamawiający uznał w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
 14. pisma zamawiającego z dnia 10.06.2010 r., skierowanego do odwołującego, w którym zamawiający prosi o wycofanie odwołania i uznaje rozprawę przed KIO za niepotrzebną (pismo znak: RSS/ZPFSiZ/P-05/ /10 - pominięto nr pomiędzy 05 a 10)

Zamawiający unieważnił postępowanie we wszystkich częściach, powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. to, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, skierowanym do wykonawców, zamawiający podał: *„Przygotowując i przeprowadzając powyższe postępowanie, Zamawiający nie przestrzegał zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez co naruszył art. 7 i art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów wskazujących konkretnego producenta. Przez co ograniczył krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W związku z powyższym działania Zamawiającego prowadzone były wbrew*

zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Tożsame uzasadnienie prawne i faktyczne znalazło się w protokole postępowania (Część szczegółowa pkt 14) oraz ogłoszeniu z dnia 12.05.2010 r. (2010/S 92 - 137063).

Zacytowane powyżej w całości uzasadnienie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jedynie „hasłowe”, „uniwersalne” podstawy uzasadnienia, nie nawiązując w żaden sposób i w najmniejszym stopniu do opisu przedmiotu zamówienia w objętych odwołaniem częściach. Taka ogólnikowość uzasadnienia podjętej decyzji nie może być uznana za argumentację pozwalającą uznać, że zamawiający uzasadnił swoje działanie w sposób prawidłowy i pozwalający odnieść się do przyczyn unieważnienia, jakie wystąpiły w tym konkretnym postępowaniu.

Wskazać należy, że jeden z członków sześciuosobowej Komisji Przetargowej poczynił w Notatce z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 04.05.2010 r. (znak pisma: RSS/ZPFSiZ/P-05/22/10) uwagę o treści: *„według mnie, dopuszczona do realizacji wersja SIWZ, została przygotowana w dobrej wierze i uwzględniła prawo Zamawiającego do określenia wysokich wymagań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, zakładając że oczekiwane rozwiązania techniczne są ogólnie dostępne”.*

Nadto zwraca uwagę fakt, że pismem z dnia 07.06.2010 r., a zatem już po podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania Kierownik Działu Zamówień Publicznych, Funduszy Strukturalnych i Zaopatrzenia zwrócił się do Działu Radców Prawnych o opinię, czy zamawiający podał właściwe prawne i faktyczne uzasadnienie unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Wydana opinia potwierdziła konieczność unieważnienia postępowania, jednak w sytuacji „jeżeli istotnie parametry byłyby określone pod jednego producenta” oraz „jeżeli zaistniała taka sytuacja”. Dodatkowo w opinii zawarto wątpliwość co do unieważnienia postępowania w częściach 3, 5, 7 i 9, tj. w częściach objętych odwołaniem oraz podniesiono kwestię unieważnienia - „nie uzasadniając, jakie parametry o tym zadecydowały” oraz „nie podając szczegółów”. W podsumowaniu zawarto zdanie: *„Izba może nam zarzucić brak uzasadnienia faktycznego przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania bo nie wskazaliśmy, które konkretnie zapisy Specyfikacji mają wadę nie usuwalną i zarzucić bezprawność podjętej decyzji”.*

Izba wskazuje, w nawiązaniu do uwagi poczynionej w Notatce z posiedzenia Komisji Przetargowej, że postawienie przez zamawiającego wysokich wymagań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia co do zasady nie jest sprzeczne z przepisem art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający ma bowiem prawo, a nawet obowiązek tak kształtować opis przedmiotu zamówienia, aby najlepiej odpowiadał jego uzasadnionym potrzebom i prowadził do nabycia spełniającego takie potrzeby zamawiającego sprzętu.

Nadto, w nawiązaniu do opinii radcy prawnego, Izba podnosi, że brak wskazania, które parametry opisujące przedmiot zamówienia w poszczególnych częściach i dlaczego przesądzają o tym, że zamówienie w istocie skierowane jest do jednego podmiotu, czyni decyzję zamawiającego bezpodstawną.

W toku rozprawy zamawiający podnosił dwa argumenty, przesądzające w jego ocenie o tym, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji:

1. fakt, że w częściach 3, 5, 7, i 9 ofertę złożył jedynie jeden wykonawca - odwołujący,
2. fakt, że zamawiający przychylił się do propozycji zaoferowania urządzeń o parametrah odbiegających od wskazanych w SIWZ jedynie w przypadku pytań pochodzących od odwołującego.

Odnosząc się do pierwszego z powyższych argumentów Izba stwierdza, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak domniemania, które z faktem złożenie jednej oferty wiązałoby skutek w postaci uznania, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wskazać należy, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp nie przewiduje przesłanki unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy złożono w nim (czy też w poszczególnych częściach) tylko jedną ofertę. Przywołany przepis pozwala na rozstrzygnięcie postępowania, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej zarówno w sytuacji, gdy w ogóle złożono tylko jedną ofertę, jak i w sytuacji, gdy złożono wprawdzie więcej niż jedną ofertę, ale tylko jedna oferta nie podlega odrzuceniu. Jedynie uregulowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 2 odnoszące się do trybu zapytania o cenę uzależnia możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej od wpływu co najmniej dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert.

Nie sposób także pominąć, że w części 4 przedmiotowego postępowania wpłynęły dwie oferty, tj. poza odwołującym ofertę złożył wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o. z ceną nieznacznie wyższą (343 577,00 zł) od ceny zaproponowanej przez odwołującego (336 806,04 zł), co ukazuje niekonsekwencję zamawiającego.

Odnosząc się do drugiego z powyższych argumentów Izba stwierdza, że zaobserwowana przez samego zamawiającego prawidłowość, że przychylił się na etapie wyjaśnień i pytań do treści SIWZ jedynie do propozycji odstępstw od parametrów wskazanych w SIWZ, pochodzących od odwołującego bez szczegółowej analizy, jaki wpływ każdorazowo miało takie stanowisko zamawiającego na możliwość zaoferowania objętych zamówieniem urządzeń, nie pozwala w żadnej mierze uznać, że stanowisko to wiązało się z ograniczeniem dostępu do tego zamówienia. Co więcej, odwołujący na rozprawie wskazał przykład innego wykonawcy, w następstwie pytania którego zamawiający zmienił parametr SIWZ (pytanie i odpowiedź nr 4 odnośnie części 4 w piśmie z dnia 22.02.2010 r.).

W ocenie, Izby - wbrew przekonaniu zamawiającego - fakt, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie złożyli żadnego protestu ani na etapie pierwotnego brzmienia SIWZ i zawartego tam opisu przedmiotu zamówienia, ani na etapie jego zmiany w następstwie zapytań wykonawców przemawia raczej za tym, że opis ten nie ograniczył tym wykonawcom udziału w tym postępowaniu. Jak bowiem wskazuje doświadczenie Izby wykonawcy szeroko korzystają, przy nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, ze środków ochrony prawnej w sytuacji, gdy jedynie skorzystanie z tych środków umożliwi im udział w postępowaniu i stworzy szansę pozyskania zamówienia.

Reasumując, zamawiający ani w piśmie uzasadniającym unieważnienia przedmiotowego postępowania z dnia 06.05.2010 r., ani w toku rozprawy nie sprecyzował, na czym w istocie polegało naruszenie przez niego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poprzestając wyłącznie na twierdzeniach ogólnej natury.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający bezpodstawnie unieważnił przedmiotowe postępowanie w częściach 3, 4, 5, 7 i 9, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1, 93 ust. 1 pkt 7 oraz 93 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba dodatkowo stwierdza, że postępowanie odwoławcze, jakie toczy się przed Krajową Izbą Odwoławczą na skutek oddalenia protestu, jest postępowaniem kontradiktoryjnym (spornym).

W przedmiotowej sprawie istniał spór po rozstrzygnięciu protestu z dnia 15.03.2010 r., poprzez jego oddalenie oraz po wniesieniu odwołania w dniu 02.06.2010 r. Wydawało się, że spór ten wygasł wobec uznania przez zamawiającego, w piśmie z dnia 09.06.2010 r., całości zarzutów objętych protestem i odwołaniem. Jednak oświadczenie zamawiającego, złożone na rozprawie, że *„istnieją jednak w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podstawy do jego unieważnienia”* spór ten wznowił.

Biorąc pod uwagę zaskakującą chwiejność stanowiska zamawiającego na przestrzeni krótkiego okresu, pismo zamawiającego z dnia 10.06.2010 r., w którym wręcz prosi odwołującego o wycofanie odwołania i podkreśla, iż rozprawa przed KIO jest niepotrzebna wobec uznania żądań określonych w odwołaniu, a także oświadczenie złożone w toku rozprawy, iż *„gdyby ze strony odwołującego (...) nastąpiło wycofanie odwołania, to zamawiający zgodnie z zapowiedzią unieważniłby czynność unieważnienia postępowania, dokonał czynności sprawdzenia, oceny i wyboru ofert złożonych w poszczególnych częściach w tym postępowaniu”* świadczy o mało profesjonalnym działaniu zamawiającego, podważającym jego wiarygodność.

Biorąc za podstawę powyżej ustalony stan rzeczy Izba, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

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

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 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 ze zm.) uznała za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury w maksymalnej wysokości, tj. 3 600,00 zł.

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....