

POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 5 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Transmed s.c. A. M., T. U., ul. Traugutta 1, 67-100 Nowa Sól** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego, ul. Zyty 26, 65-046 Zielona Góra,**

postanawia:

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania obciążyć **Transmed s.c. A. M., T. U., ul. Traugutta 1, 67-100 Nowa Sól** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Transmed s.c. A. M., T. U., ul. Traugutta 1, 67-100 Nowa Sól** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę Transmed s.c. A. M., T. U. [Odwołujący], reprezentowanego przez adwokata P. H., od niezgodnych, zdaniem Odwołującego, z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie transportu sanitarnego rozumianego, jako przewóz pacjentów (transport w stanie zagrożenia życia, transport na dializoterapię, konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu), materiałów biologicznych (krwi i materiałów krwipochodnych, materiału biologicznego do badań), zespołu ds. transplantacji, narzędzi i transportu zaopatrzeniowego, oraz innych wynikających z działalności Zamawiającego przez 7 dni w tygodniu w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. K. Marcinkowskiego z Zielonej Góry. Odwołujący postępowaniu zarzucił: wybór oferty, która nie spełnia wymagań określonych w pkt II ust. 7 lit. b) Formularza Cenowo - Technicznego, będącego integralnym załącznikiem do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a także określenie w pkt. II ust. 8 Formularza Cenowo - Technicznego, będącego integralnym załącznikiem do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pojazdów możliwych do wdzierżawienia od Zamawiającego, które nie spełniają wymagań określonych w pkt II ust. 7 lit. b) rzeczonoego Formularza Cenowo - Technicznego i w konsekwencji zawarcie umowy z wykonawcą wybranym niezgodnie z przepisami ustawy, którego zakres umowny zobowiązania nie jest tożsamy ze Specyfikacją. Wskazał także, że powyższe czynności naruszają następujące przepisy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na przygotowanie i przeprowadzenie przetargu w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i w konsekwencji wybranie oferty i udzielenie zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia a w szczególności integralnego załącznika - Formularza Cenowo - Technicznego,
3. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp z uwagi na zawarcie umowy, w której zakres świadczenia wykonawcy nie odpowiada SIWZ.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i unieważnienie umowy albo unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych; ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia powyższego, uwzględnienie odwołania i stwierdzenie naruszenie przepisów ustawy. Odwołujący podał także, że odwołanie zostaje wniesione w dniu 18 grudnia 2015 roku, czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że „ W dniu 18 listopada 2015 roku zostało rozstrzygnięte postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie transportu sanitarnego rozumianego, jako przewóz pacjentów (transport w stanie zagrożenia życia, transport na dializoterapię, konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu), materiałów biologicznych (krwi i materiałów krwiopochodnych, materiału biologicznego do badań), zespołu ds. transplantacji, narządów i transportu zaopatrzeniowego, oraz innych wynikających z działalności Zamawiającego przez 7 dni w tygodniu w okresie 38 miesięcy od daty zawarcia umowy. Na podstawie rozstrzygnięcia przetargu w dniu 8 grudnia 2015 roku została zawarta umowa z wykonawcą - konsorcjum firm „Agamed” i Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ermed, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący w dniu 14 grudnia 2015 roku, przy okazji rozliczania się z umowy łączącej go z zamawiającym uzyskał informacje, iż samochody wydierżawiane przez Zamawiającego nie są przystosowane do przewozu osób niepełnosprawnych. Otóż w pkt II ust 7 lit. B Formularza Cenowo - Technicznego stanowiącego integralny załącznik do SIWZ, Zamawiający wymaga, aby wykonawca realizował przedmiot umowy środkami nie starszymi niż rok produkcji 2009 o specyfikacji minimum 2 pojazdy wyposażone w klimatyzację, posiadające wygodne fotele i przystosowane do przewozu (9 osób wraz z kierowcą) osób dializowanych i możliwością przewozu osób niepełnosprawnych poruszających się na wózkach inwalidzkich. W pkt II ust. 8 rzeczonoego Formularza Cenowo - Technicznego z kolei Zamawiający w celu realizacji zamówienia może wydierżawić pojazdy własne określone razem z warunkami dzierżawy na podstawie odrębnej umowy, która stanowi załącznik nr 5 do SIWZ. Odwołujący zweryfikował oferowane przez Zamawiającego pojazdy przeznaczone do dzierżawy i okazało się, że nie spełniają one kryterium zawartego w powołanym pkt II ust. 7 lit. B Formularza Cenowo - Technicznego, tj. nie są przystosowane do możliwości przewozu osób niepełnosprawnych a ponadto nie umożliwiają przewozu 9 osób. Dowód: kserokopie dowodów rejestracyjnych wydierżawianych pojazdów”. Dalej podał, że (...) wykonawca - konsorcjum firm „Agamed” i Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ermed w ofercie umieścił pojazdy oferowane przez Zamawiającego do dzierżawy i które jednocześnie nie spełniają kryterium zawartego w SIWZ”. Podkreślił, że (...) jednym z kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, oprócz ceny, było kryterium wieku środków transportu. W związku z powyższym zawarcie umowy z

wykonawcą, którego oferta nie spełniała warunków w Formularzu Cenowo - Technicznym, stanowiącym integralny załącznik do SIWZ powoduje, iż zawarcie umowy nastąpiło z rażącem naruszeniem ustawy Pzp i wobec tego podlega unieważnieniu lub ewentualnie stwierdzeniu, iż zawarcie umowy nastąpiło z naruszeniem ustawy Pzp". Odwołujący przytoczył treść wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 września 2009 roku: „Stosownie do przepisu art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz, 1655 ze zm., dalej: "P.z.p.") zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z kolei, zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W innym wypadku oferta podlega odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Z tego wynika, że umowę o zamówienie publiczne można uznać za wykonaną pod względem przedmiotowym jedynie wówczas, jeżeli jej przedmiot (np. oddane dzieło) ściśle odpowiada złożonej przez wykonawcę ofercie oraz SIWZ." (Wyrok SA w Poznaniu z 30.09.2009r., I Aca 620/09). Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z dnia 13 lutego 2014 roku: Do stwierdzenia, że doszło do naruszenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. (II GSK 1980/12,LEX1450742). Przekładając powyższy wyrok na grunt niniejszej sprawy, wymaga podkreślenia, iż mamy do czynienia z pośrednią dyskryminacją gdyż podmiot, który zaoferował pojazdy wdzierżawione nie musiał spełniać przesłanek, które dotyczyły inne podmioty oferujące wykonanie umowy pojazdami spełniającymi parametry wskazane w SIWZ. Zwrócił także uwagę na Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 26 maja 2011 r., sygn. I C 371/10 i zawarte w nim stwierdzenie, że: „Każde rażące naruszenie ustawy przy wyborze ofert prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet, jeśli nie wpłynęło w ogóle na wynik postępowania (np. dokonanie oceny ofert za pomocą dodatkowego kryterium niewskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dało taki sam rezultat, jak ocena ofert dokonana za pomocą kryteriów podanych w specyfikacji)."

Zamawiający w piśmie z dnia 23 grudnia 2015 r.[data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2015] w jego punkcie 4 podał, że nie powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu oraz nie kierował do nich wezwania o zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, albowiem nie był w zaistniałej sytuacji do zastosowania przepisu art. 185 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na wniesienie odwołania z naruszeniem art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Rozpoznając wniosek Zamawiającego o odrzucenia odwołania na podstawie art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba – na podstawie ustaleń z akt sprawy potwierdzonych w toku posiedzenia – w pierwszej kolejności ustaliła, że odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione w dniu 21 grudnia 2015 r. [data prezentaty wpływu], w piśmie, na którym widnieje data 15 grudnia 2015 r. Izba ustaliła także, że kopia odwołania została przekazana do Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2015 r. Wobec tych ustaleń, Izba stwierdza, że oznaczenie na piśmie, w którym wniesiono odwołanie do Prezesa KIO [15.12.2015 r.], jak również data przekazania kopii odwołania do Zamawiającego pozostaje bez wpływu na skuteczność wniesienia odwołania. Zgodnie z regułami wyznaczonymi art. 182 ust.1 - 3 ustawy Pzp ocena skuteczności wniesionego odwołania, co do terminu następuje od daty wniesienia [złożenia] odwołania do Prezesa KIO.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm „Agamed” i Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ermed. W piśmie tym poinformował także Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła również, że w tym postępowaniu Zamawiający decyzją z dnia 17 grudnia 2015 r. dokonał uchylenia wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Wykonawca zarówno decyzji o uchyleniu wyboru jego oferty, jak i decyzji o odrzuceniu tej oferty nie kwestionował w trybie przewidzianym przepisami ustawy Pzp. W związku z tymi ustaleniami Izba uznała, że w związku z podjętą decyzją w dniu 18 listopada 2015 r. w stosunku do oferty Odwołującego o jej odrzuceniu utracił on z dniem 18 listopada 2015 r. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego status wykonawcy, a zatem w dacie wniesienia odwołania – w dniu 21 grudnia 2015 r. - do Prezesa KIO nie był już uczestnikiem prowadzonego postępowania, któremu przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania. Tym samym wykonawcę, który utracił status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, należy uznać za podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Podmiot nieuprawniony w rozumieniu wskazanego przepisu to podmiot, któremu nie służy przymiot

wykonawcy ubiegającego się o zamówienie i, który ponadto nie może skutecznie powoływać się na legitymację procesową, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, przypisaną w pierwszej kolejności do podmiotu, który powołując się na interes we wnoszeniu odwołania jest także w stanie wykazać możliwość poniesienia szkody w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w toku danego – konkretnego – postępowania. Przeciwny pogląd i skierowanie tego odwołania do rozpoznania na rozprawie skutkowałoby jego oddaleniem bez merytorycznego rozpoznania zarzutów. Izba zauważa również, że gdyby nawet przyjąć, że wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania, to w niniejszej sprawie zachodziłaby przeszkoda do rozpoznania tego odwołania, określona w art. 189 ust.2 w jego punkcie 3 w związku z art. 182 ust.1 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp. Zarzuty wskazane w odwołaniu dotyczą bowiem naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp, a zatem zarzuty te dotyczą oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, o których to okolicznościach Odwołujący został powiadomiony w dniu 18 listopada 2015 r. W odniesieniu do ostatniego z zarzutów naruszenia art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp Izba zauważa także, że umowa w sprawie tego zamówienia zawarta została w dniu 8 grudnia 2015 r. i w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp przy poszanowaniu wymaganej przepisem reguły zachowania należytej staranności związanej z możliwością powzięcia wiadomości o okolicznościach, stanowiących podstawę jego wniesienia - od tej daty - a nie od daty 14 grudnia 2015 r. - rozpoczęłyby bieg termin do wniesienia odwołania dla tego zarzutu rozumianego szerzej, aniżeli niezgodność treści oferty ze specyfikacją. Izba zauważa, że wyznacznikiem zainteresowania treścią umowy oraz określonym w nim świadczeniem mogła być informacja zawarta w punkcie 4 powiadomienia z dnia 18 listopada.2015 r., w którym Zamawiający podał, że umowa w związku z dyspozycją art. 94 ust.1 pkt 1 Pzp może być zawarta po 28.11.2015 r. Pierwszym, zatem możliwym terminem – według kalendarza, uwzględniając dni ustawowo wolne od pracy – był termin 1 grudnia 2015 r. Wykonawca nie żądał po upływie tego terminu powiadomienia o faktycznym terminie zawarcia tej umowy i tym samym nie mógłby skutecznie domagać się uznania daty 14 grudnia 2015 r. za datę, w której przy dochowaniu należytej staranności możliwe było wyłącznie powzięcie przez wykonawcę wiadomości o okolicznościach, stanowiących podstawę o wniesienia odwołania.

Izba stwierdza ponadto, że rozstrzygając w niniejszej sprawie miała na uwadze stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 23.12.2015 r. i potwierdzone na posiedzeniu przed Izbą w przedmiocie nie powiadomienia o wniesionym odwołaniu wykonawców, którzy uczestniczyli w przedmiotowym postępowaniu. Niewątpliwie zaniechanie powiadomienia wykonawców w trybie art. 185 ust.1 ustawy Pzp stanowi

naruszenie tego przepisu. Wskazywany przez Zamawiającego art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, jako podstawa odrzucenia odwołania nie uprawniał Zamawiającego [podobnie żadnego z zamawiających] do rozstrzygnięcia o skuteczności wniesionego odwołania i podstawach jego odrzucenia. Ustawa Pzp uprawnia zamawiającego wyłącznie do wnioskowania - w oparciu o przesłanki z art. 189 ust.2 tej ustawy - o takim rozstrzygnięciu do Krajowej Izby Odwoławczej, która jest organem właściwym do stwierdzenia podstaw odrzucenia odwołania. Jednakże, pomimo dokonanych ustaleń i stwierdzonego naruszenia art. 185 ust.2 ustawy Pzp, Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych sprawy, to naruszenie z uwagi na stwierdzoną podstawę odrzucenia odwołania, ma charakter formalny, pozostaje bowiem bez wpływu na uprawnienia wykonawców niepowiadomionych o wniesionym odwołaniu oraz na rozstrzygnięcie w tej sprawie. Z tego też względu Izba nie odraczała posiedzenia dla rozpatrzenia tego odwołania, celem wykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z wymaganiami art. 185 ust.1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....