

POSTANOWIENIE
z dnia 28 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2019 roku przez Odwołującego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku przy udziale wykonawcy FALCK Medycyna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie usług medycznych z zakresu medycyny pracy dla KWP Gdańsk (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 194-439388.

I. W dniu 18 stycznia 2019 r. Odwołujący - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Gdańsku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętych i zaniechanych w Postępowaniu w zakresie zadania nr 2, tj. – jak wynika z treści odwołania – od:

- 1) nieuzasadnionego przeprowadzenia powtórzenia aukcji elektronicznej A-95-2018 w dniu 8 stycznia 2019 r. (druga aukcja) i w wyniku jej przeprowadzenia uznania za najkorzystniejszą ofertę w przetargu nieograniczonego na wykonanie usług medycznych z zakresu medycyny pracy dla KWP Gdańsk - nr sprawy 95/2018 oferty Falck Medycyna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w ramach zamówienia (dalej jako „Wykonawca Falck Medycyna”), mimo nie unieważnienia przez Zamawiającego pierwszej aukcji z dnia 21 grudnia 2018 r. i nie uznania za skutecznie złożonej i najkorzystniejszej oferty Odwołującego z pierwszej aukcji;
- 2) zaniechania czynności związanych z zakończeniem pierwszej aukcji z dnia 21 grudnia 2018 r. i nie dokonania wyboru Odwołującego i jego oferty z pierwszej aukcji jako najkorzystniejszej w aukcji i w konsekwencji w przetargu mimo, że aukcja ta zakończyła się w pierwotnie zaplanowanym terminie, a Zamawiający nie unieważnił jej przed przystąpieniem do powtórki, jak to uczynił w przypadku zadania pierwszego, aukcja nr A-94-2018.
- 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania drugiego w postępowaniu nr 95/2018 przedstawionej przez Wykonawcę Falck Medycyna, z pominięciem i zamiast oferty Odwołującego przedstawionej w pierwszej aukcji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 b, art. 91 c i art. 91 e oraz art. 92 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 c i 91 e w związku z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp - przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania uczestników postępowania przez Zamawiającego poprzez nieuprawnione i naruszające obowiązujące przepisy powtórzenie aukcji mimo iż wyniki pierwszej aukcji nie zostały unieważnione i w żaden inny zgodny z prawem sposób skutecznie wyeliminowane, a skutki jej nadal trwały i były znane konkurencji. Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 180 i następane ustawy Pzp dotyczących wnoszenia odwołań, ich dopuszczalności i zasad.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na przeprowadzeniu powtórzonej aukcji elektronicznej A-95-2018 z dnia 8 stycznia 2019 r. i wyboru oferty Wykonawcy Falck Medycyna w wyniku przeprowadzonego przetargu na zadanie 95/2018.
- uznanie, za ważną i skutecznie przeprowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania aukcję pierwszą, w wyniku której Odwołujący złożył prawidłowo i skutecznie najkorzystniejszą ofertę.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

W jego ocenie pierwsza aukcja przeprowadzona w ramach Postępowania była prawidłowa i skuteczna w zakresie wyłonienia najkorzystniejszej oferty, którą złożył Odwołujący. Odwołujący nie miał problemów w uczestniczeniu w pierwszej aukcji i nie potwierdza trudności wskazanych przez Wykonawcę FALCK Medycyna w „reklamacji”. Odwołujący skutecznie połączył się z platformą aukcyjną zamawiającego i złożył najkorzystniejsze postąpienia, a w konsekwencji w jego ocenie powinien uzyskać przedmiotowe zamówienie. Natomiast Zamawiający, w ocenie Odwołującego w sposób bezkrytyczny i nieuzasadniony przyjął zgłoszone w drodze reklamacji nieobiektywne „trudności” Wykonawcy FALCK Medycyna i postanowił powtórzyć aukcję dotyczącą zadania drugiego mimo nie unieważnienia aukcji pierwszej z dnia 21

grudnia 2018 r. (A-95-2018) tak jak w przypadku zadania pierwszego (A-94-2018). Wykonawca Falck Medycyna w treści e-maila, w którym zgłaszał reklamację w związku z rzekomym brakiem możliwości wykonania postąpienia, oświadczył, iż prób dokonywał za pomocą przeglądarki Internet Explorer oraz Firefox, podczas gdy zgodnie z SIWZ Administrator platformy aukcji elektronicznej nie gwarantuje działania swojego systemu na przeglądarce Internet Explorer. Być może należało wypróbować działanie innych, oprócz Firefoxa, zalecanych przez administratora przeglądarek, tj. Opera lub Google Chrome. Tego aktu staranności nie dokonał Wykonawca Falck Medycyna, skutki przerzucając na całe Postępowanie. W ocenie Odwołującego wątpliwości budzi również sposób zakwestionowania przez Wykonawcę FALCK Medycyna pierwszej aukcji, niezależnie od jej subiektywnego uzasadnienia, w drodze swoistej reklamacji a nie właściwego odwołania, o którym stanowią przepisy ustawy Pzp. Takiej podstawy, w ocenie Odwołującego nie może stanowić pismo Urzędu Zamówień Publicznych Biura Organizacyjno - Finansowego z dnia 3 stycznia 2019 r. niestosownie określane przez Zamawiającego decyzją, na co w trakcie postępowania zwracał uwagę Odwołujący w piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż nie było podstaw do powtórzenia aukcji i nieuprawniony, naruszający przepisy ustawy Pzp jest wybór Wykonawcy Falck Medycyna w wyniku przeprowadzonej drugiej aukcji, do której przystąpił tylko jeden wykonawca - uzyskujący zamówienie Wykonawca Falck Medycyna, co narusza przepisy ustawy Pzp o minimum dwóch uczestnikach aukcji. Nie można było oczekiwać, że do drugiej aukcji przystąpi Odwołujący, skoro był on uczestnikiem pierwszej aukcji nieunieważnionej i nadal jego postąpienie z pierwszej aukcji było aktualne i rozstrzygające przeprowadzoną aukcję. Odwołujący wskazał, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że nie można powtórzyć aukcji elektronicznej, podobnie jak nie można powtórzyć złożenia oferty. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 15 czerwca 2012 r. KIO 1086/12 oraz w wyroku z dnia 7 lutego 2012 r. KIO 138/12. Ponadto Odwołujący stwierdził, iż nawet w przypadku dopuszczenia możliwości powtórzenia aukcji, sposób jej przeprowadzenia z pewnością nie zasługuje na aprobatę jako naruszający zasady konkurencji i zasady odwołań określonych w ustawie Pzp.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 28 stycznia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 28 stycznia 2019 r. Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 21 stycznia 2019 r. Wykonawca Falck Medycyna zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 Pzp. Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Terminy wnoszenia odwołań zostały określone w art. 182 ust. 1 – 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie [przy użyciu środków komunikacji elektronicznej] albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jak wynika z odwołania zostało ono złożone wobec: powtórzenia aukcji elektronicznej (1); zaniechania zakończenia pierwszej aukcji (2) oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (3) – w ramach zadania nr 2.

Jak wynika z dokumentacji Postępowania, pismem z dnia 3 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia aukcję A-94-2018 (dot. zadania nr 1) po uwzględnieniu przez Urząd Zamówień Publicznych reklamacji złożonej przez Wykonawcę Falck Medycyna. Ponadto Zamawiający poinformował, iż aukcja na wykonanie usług medycznych z zakresu medycyny pracy dla KWP w Gdańsku zostanie powtórzona. Do ww. pisma zostało załączone pismo Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 stycznia 2019 r. dotyczące aukcji przeprowadzonych w ramach obydwu zadań (zadania nr 1 i zadania nr 2). Ponadto w dniu 3 stycznia 2019 r. wykonawcy zostali zaproszeni do udziału w aukcji (w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2). W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 3 stycznia 2019 r., Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż nie widzi uzasadnienia faktycznego ani prawnego do ponownego przystąpienia do aukcji (w ramach zadania nr 2), która została już przez Odwołującego wygrana. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający, pismem z dnia 4 stycznia 2019 r., poinformował Odwołującego, iż podtrzymuje stanowisko o konieczności przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej na zadania nr 1 oraz 2.

Z powyższego wynika zatem, iż już w dniu 3 stycznia 2019 r. Odwołujący został poinformowany o ponownym przeprowadzeniu aukcji (1), a w konsekwencji również o zaniechaniu zakończenia pierwszej aukcji oraz rozpoczęciu czynności związane z przeprowadzeniem ponownej aukcji. Wprawdzie Zamawiający omyłkowo nie wskazał w treści ww. pisma także numeru aukcji dotyczącej zadania nr 2, jednakże do pisma zostało załączone pismo Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące aukcji przeprowadzonych w odniesieniu do obydwu zadań, a ponadto w tym dniu zostały rozpoczęte czynności związane z powtórzeniem aukcji w odniesieniu do obydwu zadań. Z treści pisma Odwołującego z dnia 3 stycznia 2019 r. wynika, iż pismo Zamawiającego z tego samego dnia potraktował jako dotyczące również zadania nr. 2. W związku z tym, termin na wniesienie odwołania na ww. czynność oraz zaniechanie dokonania czynności upływał w dniu 14 stycznia 2019 r. (13 stycznia 2019 r. przypadał na niedzielę) – także w sytuacji, gdyby termin ten liczyć od dnia 4 stycznia 2019 r., kiedy to Zamawiający ostatecznie podtrzymał swoje stanowisko w odniesieniu do zadania nr 1 oraz zadania nr 2. Odwołanie zostało wniesione w dniu 18 stycznia 2019 r., a zatem ww. termin nie został przez Odwołującego dochowany.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, iż jest ono wnoszone również wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Dokonując oceny treści odwołania Izba stwierdziła, iż do ww. czynności nie odnoszą się jednak żadne zarzuty odwołania. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Izby pojęcie zarzutu należy utożsamiać ze wskazanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi uzasadniającymi zarzucane zamawiającemu naruszenie

przepisów ustawy Pzp. Wszystkie zarzuty zostały postawione wobec zaniechania dokończenia pierwszej aukcji oraz jej powtórnego przeprowadzenia. Aukcja elektroniczna wprawdzie jest przeprowadzana „w celu wyboru najkorzystniejszej oferty” (art. 91a ust. 1 ustawy Pzp), ale nie jest z tą czynnością tożsama. Zgodnie z przepisem art. 91d ust. 2 ustawy Pzp zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna stanowi dodatkowe narzędzie, jakim może się posłużyć zamawiający w celu uzyskania korzystniejszych ofert w odniesieniu do określonych kryteriów oceny ofert. Jest to zatem czynność przeprowadzana w ramach oceny ofert. Ponadto, jak wynika z postanowień SIWZ (pkt 7.8) pomiędzy zakończeniem oceny ofert a dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej miało jeszcze mieć miejsce badanie dokumentów i oświadczeń określonych w pkt 7.1.1. – 7.5.1. i 7.7.1. (etap Postępowania nieobjęty zakresem zarzutów odwołania i w konsekwencji również zakresem rozpoznania).

W treści odwołania zostały postawione zarzuty wyłącznie wobec zaniechania dokończenia pierwszej aukcji oraz czynności ponownego przeprowadzenia aukcji. Należy zatem uznać, iż odwołanie zostało złożone wyłącznie od ww. czynności i zaniechania dokonania czynności, a w konsekwencji poinformowanie o nich Odwołującego wyznacza termin na wniesienie odwołania. Jak wskazano powyżej, o ponownym przeprowadzeniu aukcji, a w konsekwencji również o zaniechaniu zakończenia pierwszej (próby przeprowadzenia) aukcji Odwołujący został poinformowany w dniu 3 stycznia 2019 r., a przede wszystkim tym dniu została już rozpoczęta procedura związana z ponowną aukcją. Jeżeli Odwołujący z tym się nie zgadzał, to wobec nieskuteczności jego informacji kierowanych do Zamawiającego, powinien był wtedy skorzystać z przysługującego mu środka ochrony prawnej, a nie oczekiwać aż Zamawiający dokończy badanie i ocenę ofert i dokona wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z tym, że termin na wniesienie odwołania na ww. czynność oraz zaniechanie dokonania czynności upływał w dniu 14 stycznia 2019 r. należało uznać, iż odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, co stanowi podstawę odrzucenia odwołania wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec stwierdzenia zaistnienia podstawy odrzucenia odwołania określonej w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba nie była uprawniona do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....