Sygn. akt KIO 3529/20

WYROK

z dnia 3 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HIGIENA-KATOWICE G. Ł. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w pakiecie nr 1.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc z siedzibą we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HIGIENA-KATOWICE G. Ł. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Dolnośląskiego Centrum Chorób Płuc z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HIGIENA-KATOWICE G. Ł. z siedzibą w Katowicach** kwotę **15 342 zł 80 gr (słownie: piętnaście tysięcy trzysta czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3529/20

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

Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawy środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt* w podziale na pakiety.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 145-356583.

W dniu 30 grudnia 2020 r. wykonawca G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą HIGIENA-KATOWICE G. Ł. z siedzibą w Katowicach, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr 1, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 1 oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu w ramach pakietu nr 1: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 21 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 1. Niemniej do dnia wniesienia odwołania nie podał faktycznego uzasadnienia swojej decyzji. Na dzień składania odwołania, informacja ta nie znalazła się również na stronie internetowej Zamawiającego, a Odwołujący nie posiadał informacji, czy uzasadnienie to w ogóle istnieje. Zamawiający nie wykazał istnienia przesłanek i związku przyczynowego obligujących do unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca w ustawowym terminie.

Pismem z dnia 2 lutego 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i uznając je za niezasadne. W treści pisma procesowego nie odniósł się w ogóle do kwestii związanej z unieważnieniem postępowania w ramach pakietu nr 1.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,

w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia
o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, informacji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 1. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 lutego 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są dostawy środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt w podziale na pakiety.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył m.in. ofertę na pakiet nr 1.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 21 grudnia 2020 r. poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 1, wskazując, że *Uzasadnienie faktyczne: W zakresie pakietu nr 1 (płyn do dezynfekcji rąk) postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia w postaci określenia warunków zawartych w opisie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby być uznany za sprzeczny z art. 7 pzp. Uzasadnienie prawne: art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art.146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych" (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288).*

Izba zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, które upoważniałyby Zamawiającego do unieważnienia postępowania na ww. podstawie prawnej. Próżno ich szukać w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania. Również w odpowiedzi na odwołanie, jak i w stanowisku prezentowanym ustnie do protokołu rozprawy przez pełnomocnika Zamawiającego brak wskazania powodów ww. czynności.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyżej wymieniona przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu.

Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem tylko i wyłącznie przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić w okolicznościach przewidzianych przez ustawę. Kwestia ta uregulowana została w art. 146 ustawy Pzp. Na szczególną uwagę zasługuje przesłanka unieważnienia z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przewidująca możliwość unieważnienia umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że jeśli zamawiający popełnił w trakcie postępowania takie błędy, które mogą mieć wpływ na jego wynik to powinien postępowanie unieważnić z powodu jego wady. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych przepisów, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wady postępowania ma miejsce po otwarciu ofert.

Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Nie każde więc naruszenie przepisów skutkuje unieważnieniem postępowania. W pierwszej kolejności zamawiający musi ocenić, czy wada jest możliwa do usunięcia. Wadą niemożliwą do usunięcia jest tylko taka wada, której zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania. (vide: wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 967/16).

W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie wymaganym przez przepisy ustawy Pzp. Nie wskazał jakie konkretnie warunki zawarte w opisie przedmiotu zamówienia mogą być uznane za sprzeczne z art. 7 ustawy Pzp. Także na rozprawie Zamawiający nie sprecyzował, który konkretnie wymóg może naruszać przepisy ustawy Pzp, przywołując jedynie całą treść pkt 1 w zakresie pakietu nr 1 w załączniku nr 1 do oferty. Zamawiający zaniechał sprecyzowania stwierdzonych przez siebie naruszeń. Z ogólnikowej treści wynika jedynie (skoro użyto liczby mnogiej i wskazano na warunki), że więcej niż jeden warunek zawarty w opisie przedmiotu zamówienia mógłby naruszać art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący został zmuszony w istocie do zgadywania, jakie to konkretnie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego i na jakiej podstawie prawnej została ona oparta. Dodatkowo na rozprawie Zamawiający wciąż nie wykazał wady postępowania mającej charakter istotny. Nie zostało także wykazane, aby wada na którą powołał się Zamawiający wpływała na niemożność zawarcia umowy, nie został również wykazany związek przyczynowy pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia umowy. W związku z powyższym, niewykazanie przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez Zamawiającego, do czego jest zobowiązany, musi skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Wskazane powyżej okoliczności uzasadniające uwzględnienie pierwszego zarzutu musiały skutkować uznaniem również, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz kwotę 342,80 zł stanowiącą koszt dojazdu na posiedzenie. Izba nie zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 3 617,00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej.

Zgodnie z § 28 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r. poz. 1296) do czasu zamknięcia rozprawy strona, wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego. Izba zamknęła rozprawę o godz. 14:31, natomiast spis kosztów został przesłany przez Odwołującego do Izby drogą elektroniczną o godz. 14:44, zatem już po zamknięciu rozprawy. Skoro więc wymaganych rachunków nie złożono przed zamknięciem rozprawy, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego oraz koszt opłaty skarbowej nie mógł zostać zasądzony.

Przewodniczący: ……...……