

WYROK
z dnia 23 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Ronikier - Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **MacoPharma Polonia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115**, protestu z dnia **20 stycznia 2009 r.**

przy udziale **MEDSERVICE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-580 Katowice, ul. G. Zapolskiej 7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża MacoPharma Polonia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22 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 **MacoPharma Polonia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 54 – 405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **MacoPharma Polonia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 54 – 405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22** na rzecz **Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02 – 326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;

- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MacoPharma Polonia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 54 – 405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia. 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatury do redukcji patogenów w osoczu wraz z zestawami do przeprowadzania procesu walidacyjnego osocza przeznaczonego do użytku klinicznego otrzymywanego z krwi pełnej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 rok Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 stycznia 2010 roku wykonawca Medservice Sp. z o.o. wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22.

Zamawiający uwzględnił protest wykonawcy Medservice Sp. z o.o. Na rozstrzygnięcie protestu wykonawca Maco Pharma wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uzasadnienie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia okolicznościami, które nie zasługują na uwzględnienie,
- 2) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez cofnięcie unieważnienia postępowania, które podlegało unieważnieniu,
- 3) naruszenie art. 64 ust. 1 Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert,
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący się wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 17 grudnia 2009 roku zamawiający wszczął postępowanie w sprawie przedmiotowego zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Wybór trybu nastąpił na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający uznał, że występuje pilna

potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć i nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Na wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert oraz nieodrzućenie oferty nieodpowiadającej treści SIWZ odwołujący się w dniu 24 grudnia 2009 roku wniósł protest do zamawiającego, a następnie – wobec oddalenia protestu – odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W dniu 11 stycznia 2010 roku zamawiający unieważnił postępowanie wskazując jako podstawę unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Bezpośrednią przyczyną zastosowania tego przepisu była okoliczność, iż w upłynął termin realizacji umowy przewidziany w SIWZ zanim umowę udało się zawrzeć. Ponieważ unieważnienie postępowania czyniło zadość żądaniom odwołującego się cofnął odwołanie.

Na czynność unieważnienia postępowania w dniu 20 stycznia 2010 roku. protest wniosła Medservice Sp. z o.o. uzasadniając, że nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikająca z faktu, że upłynął termin realizacji umowy przewidziany w SIWZ zanim umowę udało się podpisać nie może stanowić przyczyny unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7. Zamawiający uwzględnił protest, co z kolei było przyczyną wniesienia przez odwołującego się odwołania o treści wskazanej powyżej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp środki

ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia

1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Stosownie do wzmiankowanego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów (vide: Aleksandra Sołtysińska *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Zakamycze* 2006 str. 774). Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy określa minimalny krąg osób uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych, natomiast poszczególne państwa członkowskie mogą przyznać takie prawo również innym podmiotom, ale w żadnym razie nie mogą zawężyć kręgu podmiotom uprawnionym.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zostało wniesione od uwzględnienia przez zamawiającego protestu przystępującego z dnia 20 stycznia 2010 roku na czynność unieważnienia postępowania. W odwołaniu zaś, oprócz podniesionego zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp polegającego na unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania, zostały podniesione zarzuty naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 62 ust. 1 pkt 4 poprzez wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia,
- 2) art. 64 ust. 1 poprzez wyznaczenie w SIWZ zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z treścią SIWZ.

Powyższe zarzuty dotyczą innych czynności i zaniechań zamawiającego niż czynność unieważnienia postępowania. Zarzuty te zostały podniesione przez odwołującego się w proteście z dnia 24 grudnia 2009 roku, który został przez zamawiającego oddalony. Od rozstrzygnięcia protestu odwołujący się wniósł odwołanie, które cofnął w dniu 8 stycznia 2010 roku. Dokonując czynności cofnięcia odwołania odwołujący się skutecznie uniemożliwił rozpoznanie podniesionych w nim zarzutów. Podnoszenie tych samych zarzutów przy okazji wnoszenia odwołania na unieważnienie czynności unieważnienia postępowania należy uznać za wniesione po terminie.

Ustawa Pzp nie zna instytucji odrzucenia odwołania w części, niemniej jednak nie może orzekać co do zarzutów wniesionych z uchybieniem przepisanego terminu. Wobec powyższego zarzuty te Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie czynności unieważnienia postępowania Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Przesłanka, na którą powołał się zamawiający unieważniając postępowanie wskazana jest w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność.

Na gruncie ustawy Pzp przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp koreluje z przepisem art. 146 ust. 1 Pzp wskazującym na przesłanki nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p., przez pryzmat, którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie pozostawia

wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów tej ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Należy zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, iż upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Śaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data realizacji świadczenia już upłynął.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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.).

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....