

Sygn. akt: KIO 1000/12

WYROK
z dnia 31 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Ewa Rzońca
Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2012 r. przez **Unizeto Technologies S.A w Szczecinie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Unizeto Technologies S.A w Szczecinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Unizeto Technologies S.A w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Unizeto Technologies S.A w Szczecinie** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1000/12

Uzasadnienie

Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na zaprojektowanie, realizację i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 lutego 2011 r. pod numerem 2011/S 30 – 049987.

Dnia 8 maja 2012 r. zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie (dalej „odwołujący”) o unieważnieniu postępowania w

części 1 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, w konsekwencji czego 18 maja 2012 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, którego kopię przekazał zamawiającemu (wpływ bezpośredni 18 maja 2012 r. potwierdzony prezentatą).

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w części 1 zamówienia poprzez błędną ocenę informacji o wyniku kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/36/12, KU/42/12, KU/47/12 z 30 marca 2012 r. i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej nr KIO/KU/44 /12 z 4 maja 2012 r. zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 51 ust. 1 ustawy poprzez bezzasadne unieważnienie przedmiotowego postępowania,
- art. 146 ustawy poprzez bezzasadne uznanie, iż ewentualnie zawarta umowa w przedmiotowym postępowaniu będzie podlegała unieważnieniu,
- art. 171 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez bezzasadne uznanie, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) w informacji o wyniku kontroli uprzedniej zalecił

unieważnienie części 1 przedmiotowego postępowania w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 ustawy i innych przywołanych w uzasadnieniu

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1 zamówienia,
- ponownego uznania oferty złożonej przez odwołującego w części 1 za ofertę najkorzystniejszą
- kontynuowania procedury udzielenia zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania argumentowano, że 9 maja 2012 r. został poinformowany o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w części 1 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Jako podstawę prawną naruszenia przepisów ustawy dotyczącej wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający wskazał art. 51 ust. 1 ustawy, dotyczący procedury zapraszania do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w uzasadnieniu przedmiotowego pisma odniósł się do konsekwencji wynikających z art. 146 ust. 6 ustawy oraz uchwały Krajowej Izby Odwoławczej nr KIO/KU/44/12 z 4 maja 2012 r.

Odwołujący zaznaczył, iż unieważnienie postępowania z przyczyny wskazanej w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wskazanych tam okoliczności. Oznacza to, iż w toku postępowania musi zaistnieć jego wada, która jest wadą nieusuwalną w postępowaniu, i która jednocześnie wywiera tak istotny wpływ na umowę, iż tak zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Wada ta musi być nieusuwalna i wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność. Zdaniem odwołującego, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa KIO, bezwzględne przesłanki unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego określa art. 146 ust. 1 ustawy, natomiast względna przesłanka unieważnienia umowy określona jest w art. 146 ust. 6 ustawy, dlatego przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania niezbędne jest ustalenie, czy w przypadku, gdyby postępowanie było przez zamawiającego dalej prowadzone i doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowa taka nie zostałaby unieważniona na podstawie powołanych przepisów ustawy. Z uwagi na przywołanie przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsekwencji wynikających z art. 146 ust. 6 ustawy można wnioskować, iż zdaniem zamawiającego, zawarta przez niego umowa, ze względu na naruszenia przepisów, których dopuścił się prowadząc postępowanie, podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Odwołujący jednak podkreślił, że nie każde naruszenie przepisów ustawy, nawet jeśli - ze względu na etap, w

którym znajduje się postępowanie - nie jest możliwe do usunięcia i ma wpływ na wynik postępowania, stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy, a zarazem unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Analizując podstawy unieważnienia przez zamawiającego postępowania w części 1

odwołujący podniósł, iż stan faktyczny ustalony przez Prezesa UZP i przedstawiony w informacji o wyniku kontroli z 30 marca 2012 r. dotyczący naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy nie jest między stronami sporny. Istotą sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym jest to, czy stwierdzone w wyniku kontroli uprzedniej naruszenia są obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zauważył, że przedmiotowe postępowanie, z uwagi na szacunkową wartość zamówienia, zgodnie z art. 169 ust. 2 pkt 2 ustawy, zostało poddane kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa UZP, który w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 30 marca 2012 r. nr UZP/DKUE/KU/36/12, KU/42/12, KU/47/12 zalecił unieważnienie przedmiotowego postępowania w części 1 zamówienia z następującego powodu „Prezes Urzędu zaleca unieważnienie przedmiotowego postępowania we wszystkich 4 częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp”. Jednocześnie w zakresie części 1 w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, iż zamawiający naruszył art. 51 ust. 1 ustawy: „W związku z powyższym stwierdzić należy, że zamawiający, poprzez przyznanie niewłaściwej ilości punktów za wykazane usługi i zaproszenie ww. wykonawcy do składania ofert niezgodnie z procedurą określoną w ogłoszeniu o zamówieniu naruszył art. 51 ust. 1 ustawy”, jednak Prezes UZP uznał za niecelowe wydawanie zalecenia unieważnienia postępowania z powodu tego naruszenia - pkt 2 informacji o wyniku kontroli: „Z uwagi na zalecenie unieważnienia przedmiotowego postępowania w związku z naruszeniem nr 1, Prezes Urzędu uznał za niecelowe wydawanie zalecenia unieważnienia z uwagi na ww. naruszenie w części I postępowania”.

Odwołujący wskazał, że celem kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa UZP jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy. Jednocześnie zgodnie z art. 171 ust. 1 pkt 3 ustawy informacja o wyniku kontroli Prezesa UZP powinna zawierać zalecenia pokontrolne w przypadku stwierdzenia naruszeń powodujących unieważnienie postępowania. Opierając się na stanowisku zamawiającego odnośnie konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie Prezes UZP w przeprowadzonej kontroli uprzedniej nie zawarł zaleceń pokontrolnych wskazujących na unieważnienie postępowania w części 1 zamówienia, odstępując od zalecenia unieważnienia części 1 w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 ustawy. Z tych też względów w opinii odwołującego unieważnienie postępowania przez zamawiającego w niniejszej sprawie było czynnością zbyt daleko idącą.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej przy naruszeniu ustawy dotyczącym art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy opisanym w pkt. 1 przedmiotowej informacji Prezes UZP wyraźnie zaleca unieważnienie przedmiotowego postępowania: „Prezes UZP zaleca unieważnienie przedmiotowego postępowania”. Tym samym, gdyby Prezes UZP uznał, iż naruszenie art. 51 ust. 1 ustawy jest wadą postępowania, która bezpośrednio uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to w informacji o wyniku kontroli uprzedniej wyraźnie zaleciłby unieważnienie przedmiotowego postępowania. Skoro takiego zalecenia w zakresie naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Prezes UZP nie wydał, to na obecnym etapie postępowania zamawiający nie ma w ocenie odwołującego żadnych uprawnień do unieważnienia części 1 z tego powodu. Na poparcie swojego stanowiska powołuje wyrok KIO z 17 października 2011 r. (sygn. akt: KIO 2134/11). Zaznaczył, iż Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli uprzedniej zalecił unieważnienie części 1 zamówienia z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, jednak Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale nr KIO/KU/44/12 z 4 maja 2012 r. podzieliła zastrzeżenia zamawiającego w tym zakresie i stwierdziła, że Prezes UZP niewłaściwie wydał zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym skoro zalecenia unieważnienia części 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zostały uchylone, a Prezes UZP nie zalecił unieważnienia części 1 z innych powodów, to na obecnym etapie postępowania zamawiający nie ma żadnych podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Podkreślił dalej odwołujący, że skoro Prezes UZP, jako organ ustawowo powołany do zbadania prawidłowości przedmiotowego postępowania z przepisami ustawy, po stwierdzeniu wady postępowania polegającej na naruszeniu art. 51 ust. 1 ustawy uznaje za niecelowe wydawanie zalecenia unieważnienia postępowania w części 1 z uwagi na ww. naruszenie, to po zakończeniu etapu kontroli uprzedniej nie ma żadnych podstaw formalnych do kwestionowania wyniku postępowania w części 1 i wnoszenia pozwu do sądu o unieważnienie umowy zawartej z naruszeniem art. 51 ust. 1 ustawy. Zalecenia pokontrolne

wydane przez Prezesa UZP kończące kontrolę uprzednią są wykładnią dla zamawiającego w zakresie dalszego prowadzenia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i co do zasady, po ich ostatecznym rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie mogą być kwestionowane. Tym samym zawarta umowa w części 1 w związku z wadą postępowania polegającą na naruszeniu art. 51 ust. 1 ustawy nie może być unieważniona poprzez procedurę opisaną w art. 146 ust. 6 ustawy jak też żadną inną wskazaną w ustawie. Na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw faktycznych do unieważnienia przedmiotowego postępowania w części 1 zamówienia, gdyż mimo naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania umowa nie podlegałaby unieważnieniu, ponieważ w zaleceniach pokontrolnych Prezes UZP

uznał, że przedmiotowe naruszenia nie prowadzą do unieważnienia postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale nr KIO/KU/44/12 z 4 maja 2012 r. zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa UZP, iż przywołana wada postępowania polegająca na naruszeniu art. 51 ust. 1 ustawy nie prowadzi do unieważnienia postępowania, gdyż w żadnym miejscu przywołanej uchwały nie wskazała sensu stricto, iż opisane naruszenie prowadzi do unieważnienia przedmiotowego postępowania. Skoro Prezes UZP nie wydał zaleceń unieważnienia postępowania w części 1 zamówienia z uwagi na naruszenie art. 51 ust. 1 ustawy, a jednocześnie KIO również takich zleceń nie wydała, to a contrario należy uznać, że takich zaleceń w przedmiotowym postępowaniu nie ma.

Nadużycie czynności unieważnienia postępowania, tj. czynności mającej donieść skutki dla losu postępowania oraz uczestniczących w nim wykonawców, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy i jako takie nie może się ostać w dalszym toku postępowania. Tym samym wniesiono o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, treść uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2012 r. (sygn. akt KIO/KU 44/12) oraz treść informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 30 marca 2012 r. (znak sprawy: UZP/DKUE/KU/36/12, KU/42/12, KU/47/12) oraz protokołu kontroli uprzedniej (znak sprawy: UZP/DKUE/KU/47/2012), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy na zaprojektowanie, realizację i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”. Przedmiot zamówienia podzielił na 4 części. Część 1, której dotyczy odwołanie, obejmuje zaprojektowanie, realizację i nadzór gwarancyjny systemów „Szyna Usług” oraz „System Administracji” (pkt 2 protokołu postępowania – druk ZP – PO).

Jak wynika z pkt. 18 protokołu postępowania (druk ZP – PO) zamawiający zaprosił do składania ofert 5 wykonawców, w tym odwołującego (1 miejsce – 140 pkt) oraz iMed24 S.A. (5 miejsce – 130 pkt.). Wykonawca Qumak – Sekom S.A. otrzymał 111 pkt. i zajął 6 miejsce w rankingu wykonawców (k. 22 informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 30 marca 2012 r., znak sprawy UZP/DKUE/KU/36/12, KU/42/12, KU/47/12 – dalej „informacja”), zatem nie został zaproszony do składania ofert (zamawiający postanowił, że zaprosi 5 wykonawców, którzy otrzymają największą liczbę punktów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 9.2 protokołu postępowania – druk ZP – PO). Oferty złożyło w 1 części

zamówienia 3 wykonawców, w tym odwołujący oraz iMed24 S.A. (pkt 11 protokołu postępowania – druk ZP – PO). Zamawiający odrzucił ofertę iMed24 S.A. (pkt 13 protokołu postępowania – druk ZP – PO), a ofertę odwołującego wybrał, jako najkorzystniejszą (pkt 14.2 protokołu postępowania – druk ZP – PO).

Prezes UZP, działając na podstawie art. 169 ust. 1 i 2 ustawy, przeprowadził kontrolę uprzednią przedmiotowego postępowania. W informacji stwierdził naruszenie przez zamawiającego, w odniesieniu do części 1 zamówienia, przepisów:
- art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zbadania na etapie składania ofert, czy ich złożenie, w poszczególnych częściach postępowania, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nieodrzuconie wszystkich ofert złożonych na każdą z czterech części zamówienia oraz

- art. 51 ust. 1 Pzp przez przyznanie niewłaściwej liczby punktów wykonawcy iMed24 S.A. zaproszonemu w części 1 przedmiotu zamówienia do złożenia oferty.

W związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prezes UZP zalecił zamawiającemu, w pkt. nr 1 informacji, unieważnienie przedmiotowego postępowania we wszystkich 4 częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. W odniesieniu do naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Prezes UZP wskazał, że „(...) mając na uwadze obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz prawidłową punktację jaka powinna zostać przyznana wykonawcy iMed24 S.A., wskazany wykonawca, zajmując 6. miejsce w rankingu, nie powinien zostać zaproszony do składania ofert. W związku z powyższym stwierdzić należy, że zamawiający, poprzez przyznanie niewłaściwej ilości punktów za wskazane usługi i zaproszenie ww. wykonawcy do składania ofert niezgodnie z procedurą określoną w ogłoszeniu o zamówieniu, naruszył art. 51 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na zalecenie unieważnienia przedmiotowego postępowania w związku z naruszeniem nr 1, Prezes Urzędu uznał za niecelowe wydawanie zalecenia unieważnienia z uwagi na ww. naruszenia w części I postępowania”.

Zamawiający zgłosił umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli w odniesieniu do wszystkich stwierdzonych naruszeń, w konsekwencji czego Izba uchwałą z 4 maja 2012 r. (sygn. akt KIO/KU 44/12, dalej „uchwała”) uwzględniła zastrzeżenia w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku art. 7 ust. 1 ustawy wszystkich ofert złożonych na części 1 - 4. Tym samym Izba stwierdziła, że niezasadne było

zalecenie unieważnienia postępowania we wszystkich częściach zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy (k. 11 uchwały). W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Izba zauważyła m.in., iż iMed24 S.A. „(...) zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy wskazany w wynikach kontroli Prezesa UZP znajdował uzasadnienie w okolicznościach ustalonych w sprawie. (...) Wskazane w wynikach kontroli naruszenie przez zamawiającego art. 51 ust. 1 ustawy wynikało z przyznania punktów za usługi stanowiące potencjał podmiotu trzeciego, do których załączono zobowiązanie podmiotu trzeciego sporządzone w języku angielskim bez jego tłumaczenia. Zamawiający przyznał po 16 punktów w kryterium C2 i D2 za cztery usługi stanowiące potencjał podmiotu trzeciego. Punkty te miały znaczenie dla kwalifikacji iMed24 S.A. do dalszego etapu postępowania oraz pozostawienia poza listą wykonawcy - Qumak-Sekom S.A., który uzyskał o 19 punktów mniej. (...) Przyjmując, iż ocena wniosku kolejnego wykonawcy, pierwszego spoza listy zaproszonych do złożenia oferty dokonana została w sposób zgodny z ustalonymi kryteriami, zaproszenie wykonawcy iMed24 S.A. stanowiło naruszenie przepisów ustawy mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Do złożenia oferty nie został bowiem zaproszony wykonawca, który złożył wniosek kwalifikujący go do dalszego etapu postępowania. Naruszenie na tym etapie postępowania przepisu ustawy ma bezpośrednie znaczenie dla utrzymania wyniku postępowania. Doprowadziło ono do niedającej się usunąć wady czynności oceny i wyboru oferty w części I zamówienia dokonanej bez udziału oferty wykonawcy niezaproszonego do jej złożenia. Nie można wykluczyć, iż oferta tego wykonawcy zostałaby uznana za najkorzystniejszą”.

Zamawiający pismem z 8 maja 2012 r. zawiadomił odwołującego o unieważnieniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 zamówienia. Jako podstawę prawną wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 51 ust. 1 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym dokonanych czynności podał, że Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej stwierdził naruszenie art. 51 ust. 1 Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. Izba w uchwale uznała zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 Pzp za zasadny wskazując, iż doprowadziło to do niedającej się usunąć wady czynności oceny i wyboru oferty w części 1 zamówienia dokonanej bez udziału oferty wykonawcy niezaproszonego do jej złożenia, co miało wpływ na wynik postępowania, co uzasadniało unieważnienie postępowania. Dodał, że podczas analizy stanu prawnego i faktycznego doszedł do wniosku, że istnieją przesłanki do unieważnienia postępowania, ponieważ postępowanie na tym etapie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą,

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał, że uwzględniając stanowisko Izby wyrażone w uchwale, konsekwencje wynikające z art. 146 ust. 6 ustawy oraz podstawowe zasady udzielania

zamówień, tj. zasadę równego traktowania, bezstronności i obiektywizmu oraz zasadę uczciwej konkurencji, zamawiający nie mógł doprowadzić do sytuacji, w której zawarta umowa mogłaby podlegać unieważnieniu ze względu na to, iż w postępowaniu dokonano czynności z naruszeniem ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Analiza powyższego wskazuje, iż Izba zgodziła się z Prezesem UZP, że zamawiający naruszył art. 51 ust. 1 Pzp. Jednocześnie jednak w informacji brak zalecenia unieważnienia postępowania w zakresie części 1 zamówienia.

Uwzględniwszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, wobec naruszenie przez zamawiającego art. 51 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdza, że zamawiający prawidłowo postąpił unieważniając postępowanie w zakresie części 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co przesądziło o konieczności oddalenia odwołania.

W stanie faktycznym sprawy zamawiający unieważnił postępowania uznając, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania, jeśli stwierdzi, że gdyby ewentualnie doszło do zawarcia umowy, umowa ta podlegałaby unieważnieniu. Zatem wskazany przepis odwołuje się wprost do przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego wymienionych w art. 146 ust. 1 Pzp (bezwzględne przesłanki unieważnienia umowy, których stwierdzenie wprost statuuje obowiązek unieważnienia umowy) i w art. 146 ust. 6 ustawy, w którym to przepisie sformułowano względną przesłankę unieważnienia umowy, wskazującą

na konieczność oceny każdego innego naruszenia przepisów ustawy, niż wymienionego w art. 146 ust. 1 Pzp, pod kątem wpływu/możliwości wpływu danego uchybienia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak też wyrok KIO z 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2134/11). Powołany przepis uprawnia Prezesa UZP do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy zauważyć trzeba, że odwołujący nie kwestionował naruszenia przez zamawiającego art. 51 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie listy pięciu zaproszonych do składania ofert wykonawców (zaproszenie do składania ofert iMed S.A., zamiast Qumak – Sekom S.A.). Strony różni ocena tego naruszenia ustawy. Odwołujący kwestionował zakwalifikowanie tego uchybienia jako mającego lub mogącego mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący argumentował w toku rozprawy, że zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania, skoro Prezes UZP, jako podmiot wyłącznie legitymowany do wystąpienia o unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp, nie sformułował w informacji zalecenia unieważnienia postępowania w związku z uchybieniem przez zamawiającego art. 51 ust. 1 Pzp.

Ze stanowiskiem odwołującego Izba nie może się zgodzić. Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że Prezes UZP nie zalecił unieważnienia postępowania w części 1 w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1 Pzp wobec nieprawidłowego ustalenia listy podmiotów

zaproszonych do składania ofert i zaproszeniu do składania ofert wykonawcy iMed S.A., a pominięciu Qumak – Sekom S.A. Powyższe jednak nie oznacza, że zamawiający nie był uprawniony, a nawet zobowiązany do unieważnienia postępowania, jeśli spełnione zostały przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Ocena zamawiającego może być kwestionowana przez wykonawców legitymowanych do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający jest jednak zobowiązany prowadzić postępowanie w sposób prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Zatem brak zalecenie unieważnienia postępowania w informacji nie oznacza, iż zamawiający nie mógł takiej czynności dokonać, w szczególności wobec wskazania przez Prezesa UZP, że uznaje za niecelowe zalecenia unieważnienia, z uwagi na zalecenie unieważnienia postępowania w związku z uchybieniami stwierdzonymi w pkt. 1 informacji. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym wnioskować należy, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia

(zawarcia umowy). W ocenie Izby zamawiający ma każdorazowo, dopóki nie zawrze umowy (nie udzieli zamówienia), prawo do samoistnego podjęcia decyzji o unieważnieniu lub powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby je w mocy. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami (vide: wyrok KIO z 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1939/10 oraz wyrok KIO z 28 grudnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2685/10 i KIO 2686/10).

Na gruncie rozpoznawanej sprawy, ze względu na fakt, iż wykonawcy złożyli już oferty, a nieprawidłowości dotyczą etapu kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do składania ofert, zamawiający nie miał możliwości w inny sposób naprawić popełnionego błędu, niż poprzez unieważnienie postępowania. Zgodnie z art. 51 ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu. Jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki jest większa niż określona w ogłoszeniu zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania (art. 51 ust. 2 Pzp). Prawidłowość oceny wniosku QUMak – Sekom S.A. i przyznana temu wykonawcy liczba punktów (111 pkt.) nie była w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania kwestionowana, w szczególności także Prezes UZP w informacji nie wskazał na żadne nieprawidłowości w zakresie dotyczącym oceny wniosku tego wykonawcy. Zatem zamawiający prawidłowo ocenił, że zaproszenie do składania ofert wykonawcy, który powinien zająć 6 miejsce (iMed S.A. – liczba pkt. 98), a nie zaproszenie tego, który powinien być sklasyfikowany na pozycji 5 rankingu (Qumak – Sekom S.A. – liczba pkt. 111) stanowi wadę, która jest na aktualnym etapie postępowania niemożliwa do usunięcia i uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp). Wskazane naruszenie niewątpliwie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawca Qumak – Sekom S.A., gdyby został zaproszony do składania ofert, mógłby złożyć ofertę, która potencjalnie miałaby szansę zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego żadnego z przepisów wskazanych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 b) 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....