Sygn. akt IX Ga 63/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2010 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Beata Błotnik (spr.)

Sędziowie SO Liliana Stępkowska, SO Wojciech Turżański
Sabina Tutalak

Protokolantpo rozpoznaniu w dniu 18 czerwca 2010 roku w Lublinie

na rozprawie

sprawy z odwołania Spółdzielni Inwalidów „Naprzód" w Krakowie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lubartowie protestu zgłoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

na skutek skargi Spółdzielni Inwalidów „Naprzód" w Krakowie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 13 stycznia 2010 roku

sygn. akt KIO/UZP 1650/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nakazuje unieważnienie czynności zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, dotyczące unieważnienia przetargu;

II. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lubartowie na rzecz Spółdzielni Inwalidów „Naprzód" w Krakowie kwotę 7 444 zł (siedem tysięcy czterysta czterdzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego i skargowego.

IX Ga 63/10

Uzasadnienie

Wyrokiem z 13 stycznia 201 Or. Krajowa Izba Odwoławcza - po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód" w Krakowie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie - protestu z 12 października 2009r. - oddalił to odwołanie, obciążając Spółdzielnię kosztami postępowania w kwocie 4 444 zł.

W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na następujące fakty i wnioski.

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód" w Krakowie złożyła protest i odwołanie w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kompleksowe w zakresie utrzymania higieny szpitalnej wraz z przejęciem pracowników - prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 2007r., Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm. - dalej w skrócie : P.z.p.) przez Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie . ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 24 lutego 2009r.

W związku z brakiem dokonania czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu, na skutek protestu i odwołania złożonego przez Spółdzielnię w sprawie o sygn. kat KIO/UZP 1159/09, Izba wyrokiem z 23 września 2010r. nakazała zamawiającemu dokonanie oceny ofert.

W wyniku wskazanego orzeczenia zamawiający pismem z 7 października 2009r. poinformował odwołującego o unieważnieniu niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4,6 i 7 P.z.p.

W uzasadnieniu tej decyzji Szpital wskazał następujące okoliczności :

1) w chwili wszczynania postępowania jednostka zamawiając działała w oparciu o prowizorium planu finansowego, z którego nie wiadomo czy wynikało, aby kwota na sfinansowanie zamówienia była przewidziana, jednakże właściwy plan finansowy Zamawiającego nie zawierał takiej pozycji. W chwili obecnej Zamawiający nie posiada środków na realizację zamówienia, a tym samym zaszła istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, a która uniemożliwia dalsze prowadzenie postępowania. Przesłankę tę należy rozpatrywać również w kontekście art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., tj. braku środków finansowych na realizację zamówienia w stosunku do pierwotnie przewidzianej przez Zamawiającego kwoty;

2) w toku procedury przetargowej zaszły okoliczności faktyczne, które stanowią o konieczności unieważnienia postępowania - należy do nich zaliczyć oszacowanie

wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w sposób wadliwy, który uniemożliwia zamawiającemu podpisanie ważnej umowy. Wartość tę oszacowano bowiem bez należytej staranności, gdyż dokonana w tym zakresie czynność nie spełnia wszystkich wymagań dotyczących jednostek sektora finansów publicznych. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, nie uwzględniając wszystkich wymogów ustawowych, czego przykładem może być wskazanie na wymagane w toku realizacji zamówienia produkty opisane nazwą handlową, podczas gdy nie ma pewności, że będą ona dostępne na rynku - wobec 3-letniego okresu realizacji zamówienia. Stwarza to ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego, zwłaszcza, ze projekt umowy nie zakładał jakiejkolwiek zmiany w jej treści;

3) Zamawiający powołał się również na istotne wady postępowania takie, jak : uniemożliwienie prac komisji przetargowej niektórych jej członków, w tym udział w takich czynnościach jak przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości przedmiotu zamówienia (naruszenie art. 21 ust. 2 P.z.p.). Podkreślił, że otrawcie ofert odbyło się w składzie komisji niedającym jej prawa do odbycia ważnego posiedzenia komisji, a tym samym skutecznego działania. Zamawiający wskazał też na wadliwy sposób prowadzenia dokumentacji postępowania, a tym samym naruszenia zasady pisemności, wyrażonej w art. 9 ust. 1 P.z.p.

Przytoczone okoliczności zdaniem zamawiającego świadczą o naruszeniu w prowadzonym postępowaniu przepisów P.z.p., mającym wpływ na wynik postępowania. Unieważnienia postępowania wymaga ochrona interesu publicznego - zapobieżenia wydatkowania środków publicznych z naruszeniem zasady osiągania najlepszych korzyści z poniesionych nakładów, jak i interesu szpitala oraz pacjentów pozbawionych pomocy personelu szpitala w postaci salowych. Dokonując ponownie wszczęcia postępowania na ten sam przedmiot zamówienia zamawiający uwzględni wszystkie okoliczności, które będą

miały wpływ na zakres zamówienia, prawidłowy jego opis oraz zapewnią taką konstrukcję umowy o zamówienie i niezakłóconą współpracę z wykonawcą.

Na tę czynność odwołujący w dniu *14* października 2009r. złożył protest, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 P.z.p. W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający nie wykazał zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Podkreślił, że skoro postępowanie o zamówienie zostało wszczęte, to zamawiający jako profesjonalista powinien był uprzednio oszacować koszty realizacji zamówienia i uwzględnić je w procesie planowania finansowego bez względu na to czy działał na podstawie prowizorium. W nowym planie finansowym powinien byt zarzec pozycję dotyczącą sfinansowania zamówienia, co do którego zostało wszczęte postępowanie. Jeśli chodzi o wypełnienie przestanek z art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p., odwołujący podniósł, że za prowadzeniem i wykonywaniem przedmiotu zamówienia przemawia interes publiczny - w tym zakresie leży możliwie szybkie wyłonienie profesjonalnego wykonawcy, który daje rękojmię utrzymania należytego stanu porządkowo-sanitarnego szpitala. Cena najkorzystniejszej oferty, tj. kwota 7 696 764 zł nie przewyższała kwoty, jaką zamawiający zgodnie ze swoim oświadczeniem mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał na otwarcie ofert - 9 300 000 zł. Odwołujący wskazał również, że nie zaistniała żadna z okoliczności (art. 146 ust. 1 pkt 6 P.z.p.), które mogłyby świadczyć o zawarciu ewentualnie nieważnej umowy.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został oddalony przez zamawiającego pismem z 26 października 2009r., podającym w uzasadnieniu, że zostały wypełnione dyspozycje przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 P.z.p. Powołał się na wyrok KIO z 23 września 2009r. (sygn. akt KIO/UZP 1159/09), wskazując, że wykonał go w całości - dokonał czynności oceny oferty, nakazanej tym wyrokiem.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący złożył odwołanie, podtrzymując podniesione zarzuty, żądania i argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 P.z.p., skutkująca odrzuceniem odwołania, a zarazem stwierdziła wypełnienie przestanki interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 P.z.p., pozwalająca na merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Po przeprowadzeniu dowodów zgromadzonych w aktach niniejszego postępowania oraz aktach sprawy odwoławczej KIO/UZP 1159/09 - w tym treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ i oferty odwołującego oraz jego pisma z 22 grudnia 2009r., zawierającego oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą oraz aneks nr 7 do gwarancji wadialnej - Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4, 6 i 7 P.z.p. wskazane w decyzji zamawiającego nie znalazły potwierdzenia w sytuacji faktycznej i prawnej postępowania.

Analizując poszczególne podstawy, w oparciu o które zamawiający unieważnił przetarg, Izba wskazała, że nie zostały one spełnione.

W odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. Izba wskazała, że w świetle tego przepisu zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, jeśli kwota, która dysponował na sfinansowanie zamówienia nominalnie nie wystarcza, aby zaspokoić wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 P.z.p.) należy - przy czynności unieważnienia postępowania - odnosić możliwości finansowe zamawiającego w danym momencie, w którym następuje zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe zdaniem Izby nie oznacza, że kwota podana na publicznym otwarciu ofert jest niewzruszalna, o czym świadczy treść art. 86 ust. 3 P.z.p. Pozwala ona zarówno na podwyższenie tej kwoty, jak i wyjątkowo na jej obniżenie -

przy wykazaniu przez zamawiającego, że pomiędzy czynnością otwarcia ofert, poprzedzającą określenie kwoty, jaką zamawiający dysponuje na sfinansowanie zamówienia a zakończonym postępowaniem wystąpiły jakieś szczególne okoliczności, wskazujące na to, że środki te uległy zmniejszeniu. To na zamawiającym w takim przypadku spoczywa ciężar wykazania takich okoliczności, gdyż to on jako podmiot odpowiedzialny za prowadzenie postępowania zmienia nagle przez siebie ustalone zasady jego prowadzenia (zmniejsza kwotę podaną na otwarciu ofert).

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, aby pomiędzy dniem otwarcia ofert - 27 kwietnia 2009r. a czynnością unieważnienia postępowania - 7 października 2009r. zaistniały jakieś szczególne, niezależne od niego okoliczności, uzasadniające zmniejszenie środków na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie okazał Izbie dokumentu planu finansowego i zmian jego treści, a wręcz przyznał, że plan ten nie był zmieniany, tłumacząc się błędnym oszacowaniem kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Powyższe w ocenie Izby nie może być uznane jako nagła sytuacja czy zewnętrzne, niezależne od Zamawiającego okoliczności, które miały jakikolwiek wpływ na zmniejszenie środków na sfinansowanie zamówienia. Podnoszony przez zamawiającego ewentualny błąd poprzedniego kierownika odpowiedzialnego za prowadzenie postępowania nie może negatywnie wpływać na sytuację wykonawców.

W odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 6 P.z.p., Izba podkreśliła, że łączne wypełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie uzasadnia unieważnienie, a taka sytuacja w rozpatrywanej sprawie nie wystąpiła. Zamawiający nie wykazał, aby okoliczności - czy to związane z finansowaniem zamówienia, czy z funkcjonowaniem szpitala (np. jego reorganizacja), czy też inne, istotne dla realizacji zamówienia - zmieniły się w toku prowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje tylko, że środki finansowe na realizację niniejszego zamówienia nie były przewidziane w planie finansowym jednostki w ogóle w roku 2009. Wszczynając postępowanie, zamawiający miał tego świadomość. Nie zmieniła się również struktura organizacyjna Szpitala.

Przy art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p. Izba wskazała, że w oparciu o ten przepis postępowanie unieważnia się, jeżeli jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający powinien unieważnić postępowanie, jeżeli stwierdzi kwalifikowaną wadę, której zaistnienie skutkowałoby - w przypadku ewentualnego podpisania umowy - jej nieważnością. Rozważając przesłanki z art. 146 ust. 1 P.z.p., Izba poddała analizie punkty 5 i 6 tego ustępu, nie stwierdzając naruszeń przepisów ustawy towarzyszących ewentualnemu wyborowi oferty lub takich, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

Wskazywane przez zamawiającego braki w dokumentacji postępowania, tj. prowadzeniu protokołu ZP-1, nie stanowią o naruszeniu, które miałoby jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, niezależnie od podkreślonego przez Izbę faktu niewskazania przez Zamawiającego żadnych szczegółów co do konkretnych naruszeń. Co do braków w składzie osobowym komisji przetargowej, w szczególności co do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia czy też czynności otwarcia ofert, Izba stwierdziła, że powyższe naruszenia - również konkretnie niewskazane przez zamawiającego, mogą wskazywać co najwyżej o uchybieniach w zakresie wewnętrznych regulacji zamawiającego co do trybu prac komisji przetargowej, a w żaden sposób nie naruszają przepisów ustawy. Nie wykazano, aby wskazany art. 21 ust. 2 P.z.p. stanowiący o co najmniej trzyosobowym składzie komisji przetargowej, został w jakikolwiek naruszony.

Co do wskazania nazw konkretnych środków (preparatów) stosowanych przy realizacji zamówienia Izba stwierdziła, że naruszenie w tym zakresie nie nastąpiło, a nawet jeśliby uznać, że są znamiona naruszenia w tym zakresie, to ewentualne naruszenie na pewno nie miało wpływu na wynik postępowania - z uwagi na brak protestów w tym przedmiocie na etapie SIWZ, jak też brak czynności odrzucenia z takiego powodu jakiś ofert w tym postępowania. Niemniej z zapisów SIWZ (załącznik nr 3) wynika, że określone zostały tam faktycznie preparaty chemiczne co do ich nazw handlowych. Były to jednak preparaty stosowane u zamawiającego, który określił też podstawowe wyznaczniki i parametry graniczne tych preparatów (np. stężenie, czas i zakres działania, związki aktywne, zastosowanie i sposób przygotowania roztworów roboczych) jako niezbędne do

prawidłowego wykonania zamówienia. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że wykonawcy nie mogli zaoferować innych preparatów o takim samym bądź lepszym poziomie skuteczności działania co parametry preparatów wskazanych w SIWZ, niezależnie od nazwy handlowej oferowanego preparatu.

W oparciu o powyższe argumenty Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy P.z.p.

Pomimo jednak potwierdzenia zarzutów bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba stwierdziła, że nie mogła uwzględnić odwołania z uwagi na treść art. 191 ust. 1a P.z.p., gdyż oferta odwołującego jako jedyna złożona w postępowaniu nie jest zabezpieczona wadium. Złożona bowiem w postępowaniu gwarancja wadialna i jej przedłużenia wygasły - ostatnie przedłużenie (aneks nr 7) dotyczy gwarancji wadialnej o nr 18/2009/05 z 19 marca 2009r., wystawionej na rzecz innego beneficjenta aniżeli zamawiający (Szpital Specjalistyczny w Nowym Sączu) - złożone zamawiającemu w dniu 22 grudnia 2009r. wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą - nie zostało dokonane skutecznie. Odwołujący z tego względu winien być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p., a jego oferta winna być odrzucona. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w takiej sytuacji podlegałoby unieważnieniu z powodu braku ważnych ofert. Nakazywanie zamawiającemu dokonywania ponownej czynności badania o oceny ofert oraz unieważnienia postępowania tym razem na podstawie art. 93 ust. 1 P.z.p. byłoby w ocenie Izby bezprzedmiotowe i jak wynika ze stanowiska Izby - pozostawałoby w sprzeczności z interesem faktycznym zamawiającego, bowiem pozbawiałoby go możliwości dochodzenia na podstawie art. 93 ust. 4 P.z.p. roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu , w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Izba podkreśliła również, że dla ważności i skuteczności zabezpieczenia oferty wadium konieczne jest złożenie u zamawiającego wadium bądź jego przedłużenie do upływu terminu na składanie ofert, bądź w przypadku przedłużenia - przed upływem jego ważności. Ewentualne dysponowanie przez wykonawcę takim zabezpieczeniem wadialnym, bez jego fizycznego przekazania zamawiającemu nie może świadczyć o skutecznym zabezpieczeniu oferty.

Z tych wszystkich względów i na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a P.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, jak w wyroku.

Od tego wyroku skargę wniosła Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód" w Krakowie, zaskarżając go w całości.

Skarżący orzeczeniu zarzucił:

1) naruszenie art. 191 ust. 1a P.z.p. poprzez jego błędną interpretację i chybione uznanie, iż pomimo stwierdzenia naruszenia przepisów prawa przez zamawiającego, naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania w sytuacji, gdy w przypadku gdyby zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu, a zatem bezpodstawnie nie unieważnił postępowania lecz dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, postępowanie byłoby zakończone zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego ze skarżącym, którego oferta była najkorzystniejsza;

2) naruszenie art. 191 ust. 3 P.z.p. poprzez orzeczenie co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu, tj. orzeczenie w przedmiocie wykluczenia skarżącego z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. w sytuacji, gdy zamawiający nie wykluczył skarżącego z postępowania, a zatem skarżący nie mógł wnieść protestu na taką czynność zamawiającego i został bezprawnie

ograniczony w możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, które gwarantuje mu ustawa;

3) naruszenie art. 181 ust. 2a P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający nie wezwał skarżącego do przedłużenia ważności wadium albo

wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, pomimo iż był do tego ustawowo zobowiązany;

4) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. poprzez chybione uznanie, iż skarżący winien być wykluczony z postępowania w sytuacji, gdy oferta skarżącego była prawidłowo zabezpieczona wadium przez cały okres trwania postępowania, dokument, który potwierdzał przedłużenie ważności wadium został przekazany zamawiającemu, a on potwierdził jego otrzymanie i nie wezwał skarżącego do przedłużenia ważności wadium w ustawowym terminie;

5) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p. poprzez chybione uznanie, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i że przepis ten mógłby być podstawą do unieważnienia postępowania przez zamawiającego w sytuacji, gdy oferta skarżącego nie podlegała odrzuceniu, a zatem ten przepis nie znajduje zastosowania;

6) naruszenie art. 188 ust. 7 P.z.p. w związku z zaniechaniem przeprowadzenia postępowania dowodowego i nierozważenie zebranego w sprawie materiału oraz wyciągnięcie przez Izbę wniosków sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania;

7) naruszenie art. 190 ust. 2 P.z.p. poprzez wydanie wyroku bez rozpoznania istoty sprawy.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonanie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a nadto orzeczenie o kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych oraz o zasądzenie od uczestnika na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sad Okręgowy - Sad Gospodarczy w Lublinie zważył, co następuje.

Skarga Spółdzielni Inwalidów „Naprzód" w Krakowie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy uznał za zasadny w szczególności zarzut naruszenia przepisu art. 191 ust. 3 P.z.p. poprzez orzeczenie przez Krajową Izbę Odwoławczą co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu i skonstruowanie orzeczenia w oparciu o argumenty, które dotyczyły wykluczenia skarżącego z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. podczas, gdy zamawiający sam nie dokonał takiego wykluczenia. W konsekwencji słusznie skarżący zarzucił, że nie mógł wnieść protestu na taką czynność zamawiającego i został bezprawnie ograniczony w możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. Faktycznie bowiem został on pozbawiony możliwości wykorzystania trybu ewentualnego oprotestowania ewentualnej decyzji zamawiającego w sprawie wykluczenia Spółdzielni Inwalidów „Naprzód" w Krakowie z udziału w postępowaniu z powodu niewpłacenia wadium.

Zgodnie bowiem z treścią art. 191 ust. 3 P.z.p. (w brzmieniu mającym zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi kompleksowe w zakresie utrzymania higieny szpitalnej wraz z przejęciem pracowników, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 24 lutego 2009r. pod nr 2009/S 37-0544449), Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Obowiązek wzięcia przez Izbę pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujących

unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia (wymienione w art. 93 ust. 1 P.z.p.) - jak wynika z praktyki, doktryny i orzecznictwa Sądu Najwyższego, leżą po stronie zamawiającego skoro przepis art. 191 ust. 1a P.z.p. stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a uwzględniając odwołanie może - stosownie do ust. 2 pkt 1 i pkt 2 - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego (por. „Prawo zamówień publicznych - Komentarz" pod red. T. Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006r. str. 418-419).

Zestawiając brzmienie zacytowanych przepisów, obowiązujących przed ostatnią - szeroką ich nowelizacją z grudnia 2009r. - stwierdzić należy, że w postępowaniu przed KIO istotny jest zakres zaskarżenia odwołaniem czynności zamawiającego, a w tym kontekście obowiązujący jest nakaz nieorzekania o zarzutach, które nie zostały zawarte w proteście.

O ile zatem rozważaniu poddać możliwość stosowania w drodze ostrożnej analogii przepisy postępowania cywilnego odnoszące się do środka odwoławczego od orzeczenia sądu pierwszej instancji (czyli apelacji), w postępowaniu również tym istotne znaczenie ma zakaz orzekania o kwestiach nieobjętych zarzutami apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), przy czym w postępowaniu tym sąd odwoławczy z urzędu bierze pod uwagę nieważność postępowania (art. 379 k.p.c.) Skutkiem jednak stwierdzenia takiej nieważności jest wydanie orzeczenia uchylającego zaskarżony wyrok i zniesienia postępowania przed sądem pierwszej instancji w zakresie dotkniętym nieważnością, a nie orzeczenia, które oddala apelację. W ten sposób zachowany jest przez ustawę tryb odwoławczy i kontrola instancyjna oraz zagwarantowana ochrona prawa stron do dwuinstancyjnego etapu postępowania.

Taki też tryb postępowania związanego z rozpoznaniem odwołania przez KIO w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ocenie Sądu Okręgowego winien być zachowany. Nie można bowiem uznać, że nie naruszy praw uczestnika tego postępowania wyrok KIO (wydany przecież na skutek wniesienia odwołania) z motywami, dla których zamawiający powinien wykluczyć ofertę odwołującego z udziału w przetargu, a której to decyzji zamawiający w ogóle nie podjął. Faktycznie bowiem Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie nie wykluczył oferty skarżącego z postępowania z powodu niewpłacenia wadium. Argumenty, dla których KIO uznała, że z tej przyczyny postępowanie dotknięte jest nieważnością nie były więc podstawą uznania przez Szpital wadliwości formalnej złożonej oferty z powodu wystąpienia tej negatywnej przesłanki, przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p.

Zgodnie z tym przepisem z postępowania wyklucza się tych wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Jak zaś wskazano w komentarzu do art. 24 ustawy z 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III, wykluczenie to jest możliwe jednak wyłącznie po dokonaniu przez zamawiającego obowiązkowych czynności, które mogą wynikać z art. 26 ust. 3 (por. komentarz do art. 26), tj. wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Z treści ustępu 3 art. 24 P.z.p. wynika spoczywający na zamawiającym obowiązek zawiadomienia wykonawcy wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia o tym wykluczeniu i obowiązek podania uzasadnienie faktycznego i prawnego takiej decyzji.

Tego uzasadnienia z oczywistych przyczyn skarżący nie otrzymał i nie mógł w związku z tym ustosunkować się do zarzutu niewniesienia wadium - zarzutu podniesionego dopiero w uzasadnieniu wyroku KIO.

Tymczasem do tego zarzutu skarżący odniósł się dopiero formalnie w swojej skardze.

Niezależnie od powyższego KIO nie poddała analizie przebiegu postępowania w sprawie KIO/UZP 1650/09, której akta Sąd Okręgowy dołączył do niniejszej sprawy. KIO -

omawiając w uzasadnieniu swego wyroku fakt wydania w dacie 23 września 2009r. wyroku uwzględniającego odwołanie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód" w Krakowie od rozstrzygnięcia przez zmieniającego protestu z dnia 21 lipca 2009r. i nakazującego Szpitalowi dokonanie oceny oferty - nie poczyniła ustaleń co do okoliczności upływu czasu, w którym zamawiający nie wykonał poprzedniego wyroku KIO i skutku w postaci upływu terminu gwarancji banowej - aktualnej jako zabezpieczenie oferty na datę jej złożenia (tego faktu KIO w poprzednim wyroku nie kwestionowała). Jeżeli więc Izba, orzekając merytorycznie o zasadności protestu, uznała, że takiego braku oferta Spółdzielni nie miała, to oznacza, że wówczas Spółdzielnia wpłaciła wymagane przez zamawiającego wadium.

W uzasadnieniu wyroku z 23 września 2009r. KIO podniosła, że wobec powołania nowego Dyrektora SP ZOZ w Lubartowie z dniem 9 kwietnia 2009r., tj. przed terminem składania ofert (27.04.2009r.) możliwym było, o ile istnieją ku temu przesłanki, unieważnienia postępowania, co uchroniłoby odwołującego przed poniesieniem kosztów związanych z wniesieniem wadium, a dodatkowo także czasu na przygotowanie i sporządzenie oferty.

Jak wynika z powyższego oraz z dalszego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dalszy upływ czasu i w związku z tym wygaśnięcie udzielonej gwarancji bankowej, która - zgodnie z dotychczasowym stanowiskiem zamawiającego stanowiła należyty sposób wniesienia wadium na datę pierwszego wyroku KIO - stanowiły następnie podstawę do uznania przez KIO, że zawarty aneks nr 7 z 22 grudnia 2009r. (a więc już po wydaniu orzeczenia z 23 września 2009r.) nie spełnia wymogu wniesienia wadium. KIO pominęła przy tym, że w dniu wydania decyzji z 7 października 2009r. zamawiający nie kwestionował tej okoliczności.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonała żadnych szczegółowych ustaleń i nie poddała rozważeniu powyższego. Wprawdzie co do zasady wykluczeniu podlega wykonawca, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Niewniesienie wadium w odpowiednim terminie, tj. przed upływem terminu na składanie ofert (art. 45 ust. 3), jak też zabezpieczenie na okres krótszy niż wymagany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia okres związania ofertą powoduje powstanie obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanka wykluczenia wystąpi również w sytuacji niewniesienia przez wykonawcę wadium na przedłużony okres związania ofertą, a więc wtedy, gdy zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 lub art. 181 ust. 2a wystąpi o przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, a wykonawca wadium takiego nie przedłuży lub nie wniesie. Pomimo tego jednak nie sposób pominąć, że w okolicznościach tej sprawy kwestia braku wadium była skutkiem zaniechania zamawiającego czynności związanych z wyborem oferty - co słusznie KIO zakwestionowała w wyroku w sprawie KIO/UZP 1159/09.

Powyższe okoliczności czynią zasadną skargę i skutkują zmianą zaskarżonego nią wyroku i nakazaniem unieważnienia czynności zamawiającego , dotyczących unieważnienia przetargu.

Z tych wszystkich względów i na podstawie przepisu art. 198f ust. 2 P.z.p. Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji wyroku, o kosztach postępowania stanowiąc na podstawie ust. 5 tego przepisu.

SSO L. Stępkowska

SSO B. Błotnik

SSO W. Turżański