Sygn. akt: IV Ca 831/10

HIPIS

V"

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

2 8. W. 2010 '

.JzJź 2L

Dnia 30 sierpnia 20IOr.

Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy
w następującym składzie:

Przewodniczący Sędzia SO Małgorzata Balcerak - Tkacz

Sędziowie SO Teresa Kowalewska

SO Anna Wrembel - Woźniak

Protokolant prot. Rafał Jadacki

rozpoznał na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2010 r. w Warszawie

sprawę z odwołania oferenta Asclepios S.A. w Zabrzu

przeciwko Mazowieckiemu Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku
o zamówienie publiczne
na skutek skargi oferenta

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
z dnia 2 czerwca 2010r., sygn. akt. KIO/982/10

1. zmienia zaskarżony wyrok i nakazuje zamawiającemu - Mazowieckiemu Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku unieważnienie czynności unieważnienia przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na produkty farmaceutyczne 11 pakietów - nr ogłoszenia Dziennik Urzędowy UE 2010/S 44-064777 z dnia 4 marca 2010r - w zakresie pakietu Nr 2;

2. zasądza od Mazowieckiego Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku na rzecz Asclepios S.A. z siedzibą w Zabrzu kwotę 34.529 (trzydzieści cztery tysiące pięćset dwadzieścia dziewięć) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania przed Kraj ową Izbą Odwoławczą i przed Sądem.

Ha oryginale właś

7a zgodność
SEKRETARZ

cwe podpisy

SĄDOWY

Urszula J ***Huszcz***

IV Ca 831/10

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 2 VI 2010r. oddaliła odwołania oferenta Asclepios SA w Zabrzu od czynności zamawiającego Mazowieckiego Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku i orzekła o kosztach postępowania zgodnie z jego wynikiem.

Oferent zaskarżył czynności Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania, którego przedmiotem była dostawa produktów farmaceutycznych

- w części tj. w zakresie pakietu 2 (produkt Vinorelbine) zarzucając naruszenie art. 7 ust 3 i art. 93 ust 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych (dalej - Pzp) i wnosił o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w pakiecie 2 i nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty w pakiecie Nr 2. Oferent podniósł, że został naruszony jego interes prawny, gdyż w pakiecie Nr 2 złożył najkorzystniejszą ofertę (w przetargu tym

- 100% kryteriów wyboru to cena), zatem gdyby Zamawiający przetargu nie unieważnił, jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że 10.05.2010r. Zamawiający zmieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wyborze oferty, w którym w części „oferty przedstawiają najkorzystniejszy bilans oceny według kryteriów podlegających ocenie" wskazano ofertę Asclepios SA w Zabrzu jako najkorzystniejszą w pakiecie NR 2 zaś na ostatniej stronie zawiadomienia zawarto informację o unieważnieniu postępowania w tym pakiecie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oferent wskazał Zamawiającemu na piśmie, że brak podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia postępowania, a nadto brak uzasadnienia faktycznego czynności, co narusza art 93 ust 3 Pzp.

Zamawiający uzupełnił czynność unieważnienia postępowania w pakiecie Nr 2 i wyjaśnił, że z dokumentów złożonych przez oferenta wynika, że oferowana Vinorelbina Polpharma lOmg/ml nie wyczerpuje całego spectrum, zastosowań jakie ma miejsce w Centrum tj. również w leczeniu adjuwantowym po radykalnym leczeniu operacyjnym (stopień II i III).

Oferent wskazał na niezgodną, w jego ocenie ze stanem faktycznym, podstawę prawną unieważnienia, bowiem w uzasadnieniu faktycznym, Zamawiający wskazał na właściwości terapeutyczne produktu leczniczego, co nie stanowi wady postępowania o której mowa w art. 93 ust lpkt 7 Pzp.

Oferent wskazał też, że oferowany produkt jest zgodny z SIWZ, czego Zamawiający nie kwestionował, bowiem w przeciwnym razie odrzuciłby ofertę. Zamawiający - na rozprawie przed KIO - wyjaśnił, że popełnił błąd opisując przedmiot zamówienie w pakiecie Nr 2, gdyż w tamtym czasie nie miał rozpoznania co do występowania przedmiotowego produktu jako leku generycznego zarejestrowanego w dniu 3 IX 2009r. Żadna z ofert złożonych w pakiecie Nr 2 nie została odrzucona, gdyż na skutek błędu w SIWZ nie można było stwierdzić niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny prawnej zasadności odwołania Oferenta uznała, że nie jest ono uzasadnione.

Choć w toku postępowania odwoławczego Zamawiający przyznał, że błędnie opisał przedmiot zamówienia w pakiecie Nr 2, nie mając stosownej wiedzy, to jednak miał podstawy z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp do unieważnienia postępowania w tej części. Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem KIO należało przyjąć, że postępowanie obarczone błędem Zamawiającego mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych oferatach, a w ślad za tym wyboru najkorzystniejszej oferty należało unieważnić na podstawie wskazanej art. 93 ust 1 pkt Pzp

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej złożył oferent - Asclepios SA z Zabrzu zarzucając mu naruszenie prawa materialnego tj. art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp przez uznanie, że Zamawiający był uprawniony unieważnienia postępowania wnosząc w konkluzji o uwzględnienie odwołania z zasądzeniem kosztów przed KIO i przed sądem.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Skarga jest uzasadniona, a podniesiony w niej zarzut naruszenia prawa materialnego - w okolicznościach faktycznych sprawy - należy uznać za zasadny.

Zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia...jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog przesłanek z art. 93 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Sposób opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie Nr 2 jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Przedmiotem zamówienia był lek cytostatyczny o chemicznej nazwie VINORELBINE, a Zamawiający wskazał w SIWZ formę, dawkę i ilość. W takiej sytuacji oferta Skarżącego spełnienia wymogi SIWZ. Zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy (w dacie formułowania SIWZ). Okoliczność ta jednak nie może działać na korzyść oferentów, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania Zamawiającego. Z pism Zamawiającego wynika, że w chwili unieważnienia przetargu w zakresie pakietu Nr 2 nie powoływał się na naruszenie konkretnych przepisów ustawy i fakt, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Rację ma skarżący, że postawę z art. 146 ust 6 Pzp wskazała dopiero KIO w uzasadnieniu wyroku. Jednakże błędne opisanie - z winy Zamawiającego - przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, w

szczególności art. 29 i 30 Pzp.

Niedostateczne rozpoznanie rynku, a co za tym idzie niedostosowanie przedmiotu zamówienia do własnych potrzeb - co podkreślał Zamawiający - nie stanowiło naruszenia przepisów ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania ze względu na interes publiczny - co zdaje się wynikać z uzasadnienia KIO, w okolicznościach faktycznych tej sprawy, nie ma miejsca. Zgodnie z pkt 5 ust 1 art. 93 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Podstawa ta nie znajduje żadnego zastosowania w sprawie, skoro Zamawiający przyznał, że - z braku odpowiedniej (a niewątpliwie specjalistycznej) wiedzy popełnił błąd opisując przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że brak było podstaw do oddalenia odwołanie oferenta przez KIO z uwagi na brak uzasadnionych podstaw prawnych do unieważnienia postępowania w zakresie pakietu Nr 2. Powyższe skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku na podstawę art.l98§2 zdanie 2 Pzp przez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przetargu w zakresie pakietu Nr 2, a o kosztach postępowania przed KIO i Sądem - na podstawie art. 198 ust. 5 Pzp.

Bluszcz