

WYROK
z dnia 10 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **27 czerwca 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., S. K. A. z siedzibą w [REDAKTOWANE], ul. [REDAKTOWANE], w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – [REDAKTOWANE]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego [REDAKTOWANE]

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczzone przez wykonawcę [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., S. K. A. z siedzibą w [REDAKTOWANE], ul. [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE], tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 067 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez zamawiającego [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE] na rzecz wykonawcy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., S. K.

A. z siedzibą w [REDAKTOWANO], ul. [REDAKTOWANO] stanowiącej
uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów
wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473 oraz z 2014 r. poz.
423) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający [REDAKTOWANO] wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów medycznych jednorazowego użytku.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych **13.05.2014 r.** pod nr [REDAKTOWANO]

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

23.06.2014 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANO] oraz odrzuceniu oferty [REDAKTOWANO] p. z o.o. S.K.A. z siedzibą w [REDAKTOWANO] ul. [REDAKTOWANO]. Zamawiający podał jedynie uzasadnienie prawne odrzucenia tej oferty tj. **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, nie informując o faktycznym powodzie (powodach) swojej decyzji.

Wykonawca [REDAKTOWANO] Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w [REDAKTOWANO] ul. [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł **27.06.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie pakietu Nr 4 na:

- 1) podjęcie nieuprawnionej decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] Sp. z o.o. S.K.A.;
- 2) niedopełnienie obowiązku wskazania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] Sp. z o.o. S.K.A., uzasadnienia faktycznego;
- 3) podjęcie nieuprawnionej decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANO];
- 4) niepodjęcie, czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] p. z o.o. S.K.A.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 7 ust. 1 Pzp**;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**;
- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp** w związku z **art. 2 pkt 5 Pzp**;
- 4) **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Odwołujący wniósł o uznania odwołania za zasadne i nakazanie zamawiającemu:

- 1) wskazania podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy KD Medical;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i treści SIWZ.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający w swoim piśmie datowanym 04.06.2014 r. a przekazanym **Odwołującemu** via faks 23.06.2014 r. poinformował odwołującego o rozstrzygnięciu i dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] **Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE]** oraz odrzuceniu oferty **Odwołującego**.

Zamawiający informując **Odwołującego** o fakcie odrzucenia jego oferty podał jedynie uzasadnienie prawne odrzucenia oferty tj. **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, nie informując jednak o faktycznym powodzie (powodach) swojej decyzji, do czego zobowiązuje go dyspozycja **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **27.06.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **30.06.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **07.07.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania gdyż wartość zamówienia [802.905,80 zł czyli 190.041,37 euro] jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp nie mogą być przedmiotem odwołania i rozprawy:

- 1) brak uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) wybór innej oferty jako najkorzystniejszej;
- 3) zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 pkt 2 Pzp przez podjęcie nieuprawnionej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niedopełnienie obowiązku wskazania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego – zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W związku z tym w rozpoznawanej sprawie odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp, który brzmi »Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności [...] odrzucenia oferty odwołującego«. Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu wskazał tylko podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego i pominął uzasadnienie faktyczne.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że czynność odrzucenia oferty odwołującego była niezgodna z przepisami ustawy przez sam fakt zaniechania podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, w szczególności o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Do tego zawiadomienia zamawiający jest

obowiązany podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Faktycznie i prawne uzasadnienie odrzucenia oferty jest integralną częścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty. Wskazuje na to zawarcie wymogu o podawaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego w jednym przepisie razem z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczonych wykonawcach i terminie zawarcia umowy.

Przepis art. 92 ust. 1 brzmi »Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o (1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację; (2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne; (3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę; (4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta«.

Przepis art. 92 ust. 1 Pzp stanowi realizację zasady zamówień publicznych jawności postępowania (art. 8 ust. 1 Pzp), a także zasady przeprowadzania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Oprócz wymogu nałożonego na zamawiającego powiadomienia wykonawców o najistotniejszych decyzjach i okolicznościach w postępowaniu przepis art. 92 ust. 1 Pzp umożliwia wykonawcom uzyskanie informacji o przyczynach odrzucenia ofert lub wykluczenia wykonawców. Ta wiedza wykonawców może stać się podstawą do rozważenia wniesienia odwołania. Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 sierpnia 2011 r. (KIO 1658/11) »uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie«.

Również nie jest wypełnieniem dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zawarcie o przyczynach odrzucenia ofert w sprawozdaniu komisji. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego dokument ten jest załącznikiem do protokołu postępowania będącego do wglądu u zamawiającego. Jednak takie usytuowanie dokumentu stanowiłoby ograniczenie w stosunku do art. 92 ust. 1 Pzp, a w efekcie ograniczenie dostępu do środków ochrony prawnej.

Żaden przepis nie obliuguje wykonawców do wglądu do protokołu postępowania, a przeciwnie art. 92 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do przekazania pełnego zakresu informacji, o których mowa w tym przepisie.

Także nie spełnia powiadomienie wykonawcy o przyczynach odrzucenia, dokonane w odpowiedzi na odwołanie wręczone odwołującemu tuż przed otwarciem rozprawy na posiedzeniu.

W związku z tak późnym przedstawieniem informacji o przyczynach odrzucenia oferty, odwołujący nie wiedział o faktycznych podstawach odrzucenia, a wobec tego odwołujący nie miał możliwości merytorycznej analizy stanowiska zamawiającego. Wobec tego brak uzasadnienia faktycznego pozbawił wykonawcę możliwości weryfikacji prawidłowości decyzji zamawiającego oraz możliwości przedstawienia pełnej argumentacji zmierzającej do wykazania prawidłowości złożonej oferty. Gdyby odwołujący wiedział o faktycznych podstawach odrzucenia oferty, mógłby się do nich rzeczowo odnieść i przedstawić adekwatną informację albo odstąpić od wnoszenia środków ochrony prawnej.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt 2503/11), cyt. »[...] wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach«.

W związku z powyższym zarzuty odwołania

podlegają uwzględnieniu, niezależnie od prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny oferty, które ze względu na nieprzezwyciężenie faktycznych powodów odrzucenia oferty nie mogły być przeanalizowane przez odwołującego.

Dopiero należy uzasadniona czynność odrzucenia, dająca wykonawcy pełną wiedzę na temat stanowiska Zamawiającego, podlegać może ocenie pod kątem merytorycznej zasadności.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający po powtórzeniu czynności oceny ofert, jest zobowiązany do powiadomienia o faktycznych (i prawnych) powodach ewentualnego odrzucenia ofert. Dopiero od terminu przekazania zawiadomienia rozpocznie się bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie faktycznego uzasadnienia oferty.

W związku z oświadczeniem odwołującego na rozprawie odnośnie zarzutów trzeciego i czwartego podjęcie nieuprawnionej decyzji o wyborze oferty innego wykonawcy i zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego, odwołujący oświadczył na rozprawie do protokołu cyt. »Odwołujący stwierdza, że elementy niewchodzące w zakres przedstawiony w **art. 180 ust. 2 Pzp** były przywołane tylko posiłkowo do wykazania interesu odwołującego i do zobrazowania całego problemu. Jedynym powodem wniesienia odwołania było odrzucenie jego oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**«, czyli faktycznego odstąpienia

od popierania tych zarzutów i wobec treści art. 180 ust. 2 Pzp skład orzekający Izby nie rozpoznawał tych zarzutów.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 567,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. 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:

.....