

Toruń, dnia 13 lipca 2010 roku

Zamawiający:
Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o.
z siedzibą w Toruniu
ul. Plac Teatralny 2/416
87-100 Toruń

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o.
z siedzibą w Toruniu
ul. Plac Teatralny 2/416
87-100 Toruń

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne PION Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy
ul. Paderewskiego 10/2
85-075 Bydgoszcz

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy”, znak: ZP/03/10

Sygn. akt: KIO/1404/10

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie

W odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne PION Sp. z o.o. w piśmie z dnia 3 lipca 2010 roku (którego kopię doręczono Zamawiającemu w dniu 05 lipca 2010 roku) w związku z postępowaniem przetargowym o udzielenie zamówienia na „Opracowanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy”, znak: ZP/03/10 na:

- 1) czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania oraz
- 2) zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy - Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, Zamawiający oświadcza, iż:

zarzuty przedstawione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, a wobec tego brak także podstaw do uwzględnienia zażądań zgłoszonych przez Odwołującego.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny

W dniu 25 czerwca 2010 roku Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, prowadzonego w formie przetargu nieograniczonym na „Opracowanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy”, znak: ZP/03/10. Jako uzasadnienie dla unieważnienia Zamawiający podał art 93 ust 1 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, gdyż w toku prowadzonych czynności stwierdził, iż nie może zawrzeć ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W dniu 5 lipca 2010 roku Zamawiającemu doręczono kopię odwołania na czynności Zamawiającego Kujawsko-Pomorskich Inwestycji Medycznych Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, polegających na unieważnieniu postępowania przetargowego znak: ZP/03/10 oraz zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, wniesionego przez Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne PION Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, w którym Zamawiającemu zarzucono naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych dalej: „PZP”, art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 93 ust 1 pkt 7 PZP.

II. Argumentacja prawna

1. Kwestie formalne: termin na wniesienie odwołania i interes Odwołującego we wnoszeniu środka ochrony.

Jak wynika z treści pisma Odwołującego z dnia 3 lipca 2010 roku zaskarżone zostały:

- 1) czynność Zamawiającego podjęta w dniu 25 czerwca 2010 roku polegająca na unieważnieniu postępowania przetargowego;
- 2) zaniechanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu wykluczenia Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania.

Ad. 1) Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu przedmiotowego środka ochrony w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych dalej: „PZP”. Po pierwsze, odnośnie zaskarżonej

czynności unieważnienia postępowania, o ile hipotetycznie zakładając, zarzut Odwołującego okazałby się słuszny, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania oznaczałoby, że w dalszym ciągu ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o., tj. Odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia. Ponadto, Odwołujący nie wykazał także czy poniósł lub może ponieść szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP w okolicznościach niniejszej sprawy. Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że zaskarżona czynność Zamawiającego (unieważnienie postępowania) nie miałaby miejsca, nie oznacza to, że Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Abstrahując od bezzasadności zarzutu w okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie ma interesu prawnego w zaskarżeniu czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.

Ad. 2) W ocenie Zamawiającego, Odwołujący uchybił terminowi (art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP) na wniesienie odwołania na zaniechanie Zamawiającego polegające na niewykluczeniu Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania. Jak wskazuje sam Odwołujący w treści pisma z dnia 3 lipca 2010 roku, oferta złożona przez Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. nie była zabezpieczona wadium w określonej w SIWZ formie od dnia 8 czerwca 2010 roku. Zatem już w dniu 8 czerwca 2010 roku Odwołujący mógł powziąć wiadomość o zaistnieniu okoliczności, które w jego ocenie miałyby być podstawą do wykluczenia w/w wykonawcy z postępowania, a wobec nie podjęcia takiej czynności przez Zamawiającego, do złożenia odwołania na zaniechanie Zamawiającego. Odwołujący powziął wiadomość o w/w okolicznościach najpóźniej w dniu 17 czerwca 2010 roku, jak wynika z oświadczenia Odwołującego złożonego w dniu 18 czerwca 2010 roku podczas rozprawy toczącej się w wyniku złożonego przez Odwołującego odwołania w sprawie o sygnaturze KIO/1117/10 (oświadczenie zapisano w protokole). Zatem już z powodu przeszkód formalnych, odwołanie w w/w zakresie nie może zostać rozpoznane.

Odnośnie odwołania w zakresie zaniechania wykluczenia Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z uwagi na brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium, kwestia interesu we wniesieniu odwołania ma charakter wtórny, jako że odwołanie nie zostało wniesione w prawidłowym terminie.

Należy podkreślić, że Odwołujący nie kwestionował czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z powodu, o którym mowa w odwołaniu. Nie złożył także w terminie odwołania na zaniechanie polegające na niewykluczeniu Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium. Z kolei, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu prawidłowo dokonał czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (co potwierdzono m.in. w wyroku KIO z dnia 23 czerwca 2010 roku, KIO/1117/10).

2. Kwestie merytoryczne.

W ocenie Zamawiającego, w przedmiotowej sprawie, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP za uzasadnione.

1. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP.

Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...)

7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

W ocenie Zamawiającego, w okolicznościach zaistniałych w przedmiotowym postępowaniu, tj. wobec faktu, iż wykonawca, którego oferta została prawidłowo wybrana jako najkorzystniejsza, nie zabezpieczył nieprzerwanie oferty wadium w sposób określony w SIWZ, a jednocześnie nie zaszły okoliczności, o których mowa w przepisie art. 94 ust. 3 PZP, została spełniona przesłanka unieważnienia postępowania określona w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że przepisy PZP pozwalają na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert – tj. na dokonanie czynności wyboru innej oferty po dokonanej uprzednio prawidłowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem - docelowo na zawarcie umowy z innym wykonawcą niż ten, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą - wyłącznie w sytuacjach określonych w przepisach w/w Ustawy, tj. zgodnie z art. 94 ust. 3 PZP. W myśl przepisu art. 94 ust. 3 PZP Zamawiający może wybrać inną ofertę po uprzednim prawidłowym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej tylko i wyłącznie wówczas, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:

- uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub
 - nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- i to tylko w przypadkach, w których nie zachodzą przesłanki unieważnienia umowy, o których mowa w art. 93 ust. 1 PZP.

W okolicznościach faktycznych w przedmiotowym postępowaniu, żadna z wymienionych przez ustawodawcę sytuacji nie miała miejsca. Wykonawca, którego oferta została wybrana ani nie uchyła się od zawarcia umowy, ani nie uchyła się od wniesienia należytego zabezpieczenia umowy (tj. zabezpieczenia służącego pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które wnosi się najpóźniej w dniu zawarcia umowy). Okoliczność, która ma miejsce w przedmiotowej sprawie dotyczy kwestii wadium. Należy przy tym podkreślić, że każda czynność Zamawiającego podejmowana w formalistycznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć swoją podstawę w przepisach PZP. W przepisach PZP brak jest podstawy, aby Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty spośród pozostałych ofert w przypadku, w którym po prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej, dojdzie do sytuacji, iż wykonawca, którego oferta została wybrana nie przedłużył/nie wniósł nowego wadium na cały okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy.

Z uwagi na fakt, że brak nieprzerwanego prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium (po prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej), a jednocześnie nie ma podstaw do wybrania innej oferty spośród pozostałych ofert, ani nie ma podstaw do dokonania ponownej oceny ofert jako, że wybór oferty najkorzystniejszej został już prawidłowo dokonany, w ocenie Zamawiającego, nie ma możliwości zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu z którymkolwiek oferentem, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z PZP. Ponowny wybór ofert (po uprzednim prawidłowym dokonanie takiej czynności), w okolicznościach innych niż przewidziane w przepisie art. 94 ust. 3 PZP zdaniem Zamawiającego naruszałoby przepisy PZP i mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, co może stanowić jednocześnie przyczynę unieważnienia umowy (art. 146 ust. 6 PZP). Z powyższych względów unieważnienie postępowania przetargowego w przedmiotowej sprawie było uzasadnione i konieczne. Zatem, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, iż Zamawiający nie może zgodnie z prawem zawrzeć umowy ani z Proj – Przem - Projekt Sp. z o.o., ani z Odwołującym. Zamawiający

dokonał należytej oceny ofert w niniejszym postępowaniu i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, działając w celu określonym w przepisie art. 2 pkt 7a PZP. Należy jednak podkreślić, że przepisy PZP nakładają na Zamawiającego obowiązek przestrzegania ściśle określonych reguł postępowania, w tym zasad wyboru oferty najkorzystniejszej. Postępując zgodnie z nimi, Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą, z uwagi na okoliczności faktyczne (brak należytego zabezpieczenia oferty wadium przez wybranego wykonawcę) nie może zawrzeć umowy, nie ma też możliwości wyboru oferty spośród pozostałych (art. 94 ust. 3 PZP). Wprawdzie celem postępowania jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, ale realizacja tego celu może następować tylko w zgodzie z przepisami PZP, o co zabiega Zamawiający. Dążenia do zawarcia umowy nie można traktować jako cel nadrzędny, który można osiągać dowolnymi środkami.

W tym miejscu należy także podkreślić, że orzecznictwo, na które powołuje się Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, w gruncie rzeczy nie jest adekwatne do sytuacji mającej miejsce w przedmiotowej sprawie. Rozstrzygnięcia w przywołanych sprawach zapadały w innych okolicznościach faktycznych (abstrahując od zmian w PZP) – a w szczególności, spory dotyczyły sytuacji, w których Zamawiający bądź to nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, bądź to dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nieprawidłowo. Ponowny wybór ofert w postępowaniu może mieć miejsce w okolicznościach określonych w przepisie art. 94 ust. 3 PZP lub gdy wybór oferty najkorzystniejszej był wadliwy, w szczególności w przypadku, gdy czynność zostanie zaskarżona i środek ochrony zostanie uwzględniony. Przepisy przytoczone w uzasadnieniu odwołania - art. 181 ust. 2, art. 186 ust. 2, art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP, w których przewiduje się ponowny wybór oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego odnoszą się do sytuacji, gdy czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej była nieprawidłowa, co zostało uznane przez samego Zamawiającego (art. 182 ust. 2 PZP) lub stwierdzone przez KIO (art. 186 ust. 2, art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP). W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający prawidłowo wybrał ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z art. 91 PZP, stosując kryteria określone w SIWZ, co zostało potwierdzone także przez KIO rozstrzygające odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie o sygnaturze KIO/1117/10.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP.

W ocenie Zamawiającego unieważnienie postępowania w przedmiotowej sprawie było uzasadnione i konieczne, zgodne z przepisami PZP, a wobec powyższego zarzut naruszenia uczciwej konkurencji jest bezpodstawny. Każdy podmiot w przedmiotowym postępowaniu mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia, zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym także na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP.

Odwołanie na zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą w unieważnionym postępowaniu w ocenie Zamawiającego nie zostało wniesione w prawidłowym terminie, a jego rozpatrywanie jest bezpodstawne.

Z ostrożności należy przy tym podkreślić, że w okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Zamawiającego uzasadnione i konieczne było unieważnienie postępowania, z powodów, o których mowa powyżej.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP.

Zamawiający nie wykluczył z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta w/w wykonawcy nie mogła zostać uznana za odrzuconą. Z uwagi na powyższe zarzut jest bezpodstawny.

Mając na względzie powyższe okoliczności, odwołanie złożone w niniejszej sprawie nie zasługuje na uwzględnienie.

PREZES ZARZĄDU

Wacław Filar