

Bydgoszcz dnia 03 lipca 2010 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa**

Odwołujący się:

Przedsiębiorstwo Projektowo- Realizacyjne Budownictwa PION sp. z.o.o
ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz
zarejestrowana w Sądzie Rejonowym XIII Wydział Gospodarczy KRS
w Bydgoszczy pod nr KRS 0000120607
telefon 52 321-10-89, 509-725-707 faks 52 345-51-12

Zamawiający:

Kujawsko- Pomorskie Inwestycje Medyczne
ul. Plac Teatralny 2/416 87- 100 Toruń

**Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na zadanie pn „Opracowanie dokumentacji
budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko- Pomorskiego Centrum
Pulmonologii w Bydgoszczy” postępowanie zn. ZP/03/10**

ODWOŁANIE

**od czynności zamawiającego Kujawsko- Pomorskich Inwestycji Medycznych
Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, polegających na unieważnieniu
postępowania przetargowego zn. ZP/03/10 oraz zaniechania czynności
wykluczenia wykonawcy podlegającego wykluczeniu.**

Przedsiębiorstwo Projektowo- Realizacyjne Budownictwa PION Sp. z o.o._ z
siedzibą w Bydgoszczy- działając na podstawie art.180 i art. 179 ustawy z dnia
29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz.
1655 z późn. zm.)- **wnosi odwołanie** wobec czynności podjętych przez
Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w
przetargu nieograniczonym na: „Opracowanie dokumentacji budowlanej i
wykonawczej rozbudowy Kujawsko- Pomorskiego Centrum Pulmonologii w
Bydgoszczy”- jako niezgodnych z przepisami w/w ustawy, a polegających na
unieważnieniu w dniu 25 czerwca 2010r postępowania przetargowego, a także na
zaniechaniu czynności wykluczenia oferenta: Proj-Przem-Projekt Sp.z.o.o w
Bydgoszczy z postępowania przetargowego.

Zarzucamy Zamawiającemu naruszenie :

- **art. 7 ust. 1** ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie oferentów i ograniczenie wyboru ofert wyłącznie do oferty jednego z nich (firmy Proj-Przem-Projekt Sp.z.o.o.), pominięcie wszystkich pozostałych oferentów oraz zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy P z p ,
- **art 93 ust 1 pkt 7** ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez ich błędną interpretację, niewłaściwe zastosowanie prowadzące w efekcie do przedwczesnego dokonania unieważnienia postępowania przetargowego, do zaniechania wykonania czynności prowadzących do wyboru ważnej oferty i zawarcia umowy,
- **art. 24 ust 2 pkt. 2** ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez brak wykluczenia Wykonawcy i dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty złożonej przez Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. w Bydgoszczy, mimo, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu, gdyż jego oferta nie jest zabezpieczona wadium od dnia 08.06.2010r,
- **art. 89 ust.1 pkt. 5** ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. w Bydgoszczy, mimo, iż- w toku postępowania przetargowego- stała się ona ofertą wykonawcy wykluczonego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 2 w/w ustawy.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o:

- wydanie orzeczenia uwzględniającego złożone w sprawie odwołanie,
- nakazanie Zamawiającemu uchylenie decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego ZP/03/10,
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert , w tym oferty złożonej przez firmę Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. w Bydgoszczy i w efekcie wykluczenie z postępowania w/w Wykonawcy,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy P z p oraz warunkami SIWZ.

Odwołujący podaje, że **ma interes prawny** w uzyskaniu powyższego zamówienia i uzyskałby to zamówienie gdyby nie miała miejsca niezgodna z prawem (zaskarżona w niniejszym odwołaniu) czynność Zamawiającego.

Oferta Odwołującego uzyskała drugą punktację zaraz za wybraną ofertą firmy Proj- Przem- Projekt Sp. z o.o. w Bydgoszczy, a po obligatoryjnym wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania przetargowego z powodu upływu terminu ważności wadium i nie złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą: oferta odwołującego się uzyskała pierwszą punktację.

Informujemy, że zawiadomienie o unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania przetargowego Odwołujący się: Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne Budownictwa "PION" Sp. z o. o w Bydgoszczy otrzymało w dniu 25.06.2010 roku za pośrednictwem faksu. Zatem zgodnie z art.182 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wniesione jest w terminie.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 25.06.2010r, przesłanym za pośrednictwem faksu, Zamawiający poinformował Odwołującego się: Przedsiębiorstwo Projektowo- Realizacyjne Budownictwa "PION" Sp. z o. o. w Bydgoszczy o unieważnieniu postępowania przetargowego ZP/03/10, powołując się na art.93 ust.1 pkt.7 i informując, iż w toku przeprowadzonych czynności stwierdził, iż nie może zawrzeć ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyżej wymienionym zawiadomieniu zamawiający nie podał faktycznej przyczyny unieważnienia postępowania przetargowego, ograniczając się jedynie do podania podstawy prawnej.

Zatem odwołujący się- w dniu 28.06.2010 roku- wystąpił z pisemnym wnioskiem do zamawiającego o wskazanie faktycznej przyczyny unieważnienia w/w postępowania.

Informację taką spółka PION uzyskała na piśmie w dniu 30.06.2010r.

Zamawiający w piśmie wyjaśniającym z dnia 30.06.2010r podał, że mógł tylko unieważnić postępowanie, a nie kontynuować je, ponieważ - jego zdaniem- treść art. 94 ust.3 ustawy P z p zezwala na dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej spośród złożonych ofert tylko i wyłącznie w dwóch sytuacjach:

- gdy wykonawca, którego oferta została wybrana uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- gdy wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniesie należytego zabezpieczenia umowy.

Zdaniem zamawiającego nie zachodzi w zaskarżonym postępowaniu przetargowym żadna w w/w okoliczności- zatem uznał on, iż nie znajduje podstaw dla dokonania czynności ponownego badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający -prezentując powyższą opinię- przyjął tezę, iż "co do zasady" może on- w danym przetargu - tylko jeden raz dokonać wyboru wykonawcy (oferty), a wyjątek od tej reguły opisuje tylko i wyłącznie art 94 ust. 3 ustawy P z p.

W tym miejscu odwołujący się informuje, że zamawiający dokonał wyboru oferty firmy Proj-Przem-Projekt w dniu 28.05.2010r. Firma ta wniosła w niniejszym przetargu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr 250001189643 ważnej do dnia 07.06.2010. Po dniu 07.06.2010r nie wniosła ona wadium na przedłużony okres związania ofertą w żadnej z form wymaganych przez przepisy ustawy P z p oraz przez SIWZ.

W wyniku odwołania z dnia 04.06.2010r od powyższego wyboru złożonego do KIO przez firmę PION Sp.z.o.o (odwołującego się) do dnia 07.06.2010r nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a firmą Proj-Przem-Projekt.

Od dnia 08.06.2010r oferta wybranej firmy nie jest zabezpieczona wadium.

Jednak zamawiający, pomimo wiedzy i świadomości braku zabezpieczenia oferty ważnym wadium- nie wykluczył wykonawcy: Proj-Przem-Projekt z postępowania

przetargowego, nie wszczął w tej sprawie żadnych działań ani procedur w okresie od 08.06.2010r do 25.06.2010r.

Działania takie zamawiający podjął dopiero po pisemnym wezwaniu odwołującego się z dnia 22.06.2010r. Ich efektem było unieważnienie postępowania przetargowego w całości. Faktycznym powodem tego unieważnienia- wskazanym przez zamawiającego- była niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący się nie podziela stanowiska zamawiającego w tej kwestii i podnosi, iż jest ono niezgodne z ustawą P z p: a w szczególności jest sprzeczne z art. 7 ust. 1, art. 93 ust 1 pkt 7.

Art **art 93 ust 1 pkt 7** ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych nakazuje unieważnienie postępowania” *“.... jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego....”*

Przepis powyższy odnosi się do całego postępowania przetargowego (wszystkich jego procedur i uczestników) nie zaś- jak mylnie przyjął w swoim stanowisku zamawiający- tylko i wyłącznie do wybranego wykonawcy oraz wzajemnych relacji i zobowiązań istniejących pomiędzy wybranym wykonawcą i zamawiającym, z pominięciem (od dnia dokonania wyboru tego wykonawcy) wszystkich pozostałych uczestników postępowania przetargowego.

Definicja pojęcia “postępowania przetargowego” zawarta w art 2 pkt 7a ustawy P z p brzmi: *“postępowanie o udzielenie zamówienia – należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze ogłoszenia o zamówieniuw celu dokonania wyboru oferty wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa.....”*

Tak rozumiana definicja postępowania przetargowego zawiera w sobie wszelkie konieczne i niezbędne działania zamawiającego mające na celu zawarcie ważnej umowy z wykonawcą wyłonionym spośród wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu przetargowym (nie wykluczonym z niego). Postępowanie to nie ogranicza możliwości i obowiązków zamawiającego tylko i wyłącznie do jednorazowego aktu wyboru oferty, do przeprowadzenia tylko i wyłącznie jednego postępowania w sprawie wyboru wykonawcy i oferty. Żaden przepis P z p nie nakłada na zamawiającego takiego ograniczenia.

Tezie prezentowanej przez zamawiającego przeczy całe dotychczasowe orzecznictwo: zarówno Zespołu Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, które niejednokrotnie nakazywało i nakazuje zamawiającym (z różnych powodów) unieważnienie (pierwszego) wyboru oferty, powtórzenie czynności kwalifikacyjnych i wyboru oferty (dokonanie wyboru oferty po raz kolejny).

Czytając uzasadnienie zamawiającego i analizując podane w nim przyczyny z jakich unieważniony został przetarg ZP/03/10 nie sposób nie dojść do wniosku, iż - w jego ocenie- nigdy (za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 94 ust. 3 P z p) nie jest przez ustawę dopuszczalne dokonanie czynności zamawiającego polegające na ponownej ocenie ofert i wyborze kolejnego wykonawcy.

Idąc za tokiem rozumowania zamawiającego: w każdym przypadku gdyby KIO stwierdziło w trakcie orzekania na skutek wniesionego odwołania, iż nie jest możliwe zawarcia ważnej umowy z wykonawcą wybranym przez zamawiającego, a jednocześnie nie ma zastosowania art 93 ust 4 P z p - musiałoby nakazać obligatoryjnie unieważnienie postępowania przetargowego. Jak wynika z dostępnego nam orzecznictwa KIO- tak nie jest.

W tym zakresie ocena zamawiającego jest sprzeczna ze stanem faktycznym.

Wybór najkorzystniejszej oferty reguluje **art. 91 ustawy P z p**.

Przepis ten, na co zwraca uwagę odwołujący się:

- **nie ogranicza** aktu wyboru oferty tylko do jednego razu,
- **nie wprowadza** zasady związania zamawiającego wybraną ofertą przez cały okres trwania przetargu, aż do zawarcia (lub niezawarcia) umowy, co mogłoby implikować konieczność unieważnienia przetargu publicznego w sytuacji niemożności zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy powyższego z wybranym wykonawcą.

Wobec tego działanie zamawiającego polegające na unieważnieniu przetargu z powodu utraty ważności wadium wybranego (w pierwszym podejściu) wykonawcy, przy istnieniu innych ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert o cenie niższej niż wartość środków finansowych przeznaczonych przez zamawiającego na realizację umowy- nie znajduje żadnego uzasadnienia i nie ma poparcia w obowiązujących przepisach P z p

Celem postępowania przetargowego jest zawarcie umowy. Cel ten winien być konsekwentnie realizowany przez zamawiającego tak długo, jak długo dysponuje on ofertami wykonawców z którymi jest możliwe zawarcie ważnej umowy. Tezę tę potwierdza wyrok KIO/UZP-25/08 w brzmieniu: *“....w ocenie składu Krajowej Izby Odwoławczej skoro w przedmiotowym postępowaniu złożono ważne oferty to niecelowe i nieekonomiczne jest ponowne ogłaszania postępowania w tym samym przedmiocie zamówienia.....”*

Art **93 ust 1 pkt 7** ustawy P z p - dla jego zastosowania - wymaga, aby obarczone wadę niemożliwą do usunięcia było **“postępowanie przetargowe”- sensu stricto**, nie zaś oferta jednego z wykonawców.

Art. **93 ust 1 pkt 7** ustawy P z p - dla jego zastosowania - wymaga także, aby istniała **obiektywna niemożności** dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (w postępowaniu, w którym uczestniczy wielu wykonawców i złożono wiele ofert). Nie ogranicza się on do umowy zamawiającego z jednym z wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu.

Natomiast zamawiający odniósł i ograniczył rozporządzenie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy P z p zamiast do “postępowania przetargowego” rozumianego jako całość procedur i czynności prowadzących do zawarcia ważnej umowy, tylko i wyłącznie do procedury wyboru oferty firmy Proj-Przem-Projekt.

Jest to zachowanie niezgodnie z ustawą.

Nadto zauważyć należy, iż przepis art. 94 ust 3 - na który powołał się zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji- dotyczy tylko i wyłącznie specyficznej sytuacji (jednej spośród wielu innych), kiedy to zamawiający chce i może zawrzeć niepodlegającą unieważnieniu umowę z wykonawcą, natomiast wybrany wykonawca uchyla się od jej zawarcia. Przepis ten koreluje z art 46 ust 5 ustawy P z p i powoduje zatrzymanie przez zamawiającego wadium wniesionego przez takiego wykonawcę (które służy właśnie temu celowi). W zaskarżonym postępowaniu wskazana sytuacja nie ma miejsca (wadium już nie istnieje i zamawiający nie może go zatrzymać, oferta straciła ważność).

Zastosowanie w/w przepisu w innej, niż opisana powyżej sytuacji jest niezgodne z prawem i stanowi jego naruszenie.

Art 94 ust 3 P z p zawiera też inną, szczególną instrukcję dla zamawiającego:
“może (on) wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert **bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.....**”

Odnosząc powyższy zapis art 94 ust 3 P z p do całej treści ustawy (w tym do art. 181 ust. 2, art 186 ust 2, art. 192 ust 3 pkt 1) bezsporne staje się twierdzenie prezentowane przez odwołującego się, iż zamawiający w przypadku wystąpienia - w trakcie trwania procedury przetargowej -od chwili otwarcia ofert do chwili zawarcia umowy - jakiegokolwiek innej okoliczności (poza wynikającą z art 94 ust 3), a opisanej w art 22, art 24 P z p -ma możliwość i obowiązek dokonania wyboru innej oferty (niż pierwsza wybrana). Musi jednak przeprowadzić ich ponowne badanie i ocenę (co najmniej po to aby wykluczyć wykonawcę podlegającego wykluczeniu). Taka bowiem jest logika ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku wystąpienia okoliczności opisanych w art 94 ust 3 zamawiający nie przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert przy wyborze kolejnej z nich. We wszystkich pozostałych przypadkach- ma taki obowiązek.

Wobec zmiany w styczniu 2010 roku ustawy Prawo zamówień publicznych nie istnieje jeszcze orzecznictwo odnoszące się wprost do sytuacji mającej miejsce w zaskarżonym postępowaniu. Jednak przydatne przy ocenie niniejszego odwołania , jego skuteczności mogą być wyroki wydane w innych sprawach.

W wyroku KIO/UZP-25/08 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P z p może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (odwołujący się pod tym pojęciem rozumie umowę zawartą z dowolnym, niewykluczonym oferentem uczestniczącym w przetargu) o zamówienie publiczne, a także, że pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę.

Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest w szczególności **obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy** (wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-1666/06, wyrok KIO sygn. KIO/UZP 589/10).

Odwołujący się zauważa i podnosi, iż:

- nie znajduje w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w przetargu ZP/03/10 żadnej „wady”, która doprowadziła w efekcie do niemożności zawarcia ważnej umowy,
- wady takiej (postępowania przetargowego) nie wskazał także zamawiający ani w decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego, ani w piśmie wyjaśniającym z dnia 30.06.2010r ,
- zamawiający nie wskazał nadto żadnego związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy domniemaną „wadą postępowania” (nienazwaną, nieokreśloną) i niemożnością zawarcia ważnej umowy w zakresie usług objętych postępowaniem przetargowym,
- odwołujący się nie widzi natomiast żadnego związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy nieważnością oferty firmy Proj-Przem-Projekt i niemożnością zawarcia ważnej umowy w zakresie usług objętych postępowaniem przetargowym.

Jest bezspornym, że oferta firmy Proj-Przem-Projekt od dnia 08.06.2010r jest obciążona wadą niemożliwą do usunięcia- a mianowicie nie jest zabezpieczona wadium.

Jednak wada oferty firmy Proj-Przem-Projekt nie jest tym samym co wada postępowania przetargowego ZP/03/10. Postępowanie przetargowe to całokształt czynności (procedur) i dokumentów (SIWZ, PFU, oferty) mających na celu zawarcie ważnej umowy, opisanych i uregulowanych przez ustawę P z p oraz uczestnicy w nim występujący: zamawiający i wszyscy wykonawcy.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO zamawiający w żadnej sytuacji nie ponosi odpowiedzialności za zabezpieczenie oferty ważnym wadium. Nawet w sytuacji, kiedy nie wezwie on wykonawcy do przedłużenia ważności wadium (np. z powodu odwołania), odpowiedzialność za nieprzerwane zabezpieczenie oferty wadium przez cały czas trwania procedur przetargowych spoczywa tylko i wyłącznie na wykonawcy.

Niedopełnienie powyższego obowiązku obciąża zatem tylko wykonawcę (oferenta) i nie stanowi z pewnością żadnej wady postępowania przetargowego.

Liczne wyroki KIO (np. KIO/UZP 265/10) wskazują, iż niedołożenia przez oferenta należytej staranności w podjęciu działań zmierzających do uniemożliwienia upływu terminu ważności wadium- w okolicznościach sporu- powoduje utratę interesu prawnego. Nadto wyrok ten stwierdza, iż z postępowania przetargowego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 2 P z p wykonawca może (a nawet ma obowiązek) przedłużyć wadium z własnej inicjatywy i nie musi czekać w tym względzie na wezwanie ze strony zamawiającego.

W zaistniałej sytuacji zamawiający miał obowiązek wykluczenia wybranego wcześniej wykonawcy: firmy Proj-Przem-Projekt oraz powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert. Tezę tę potwierdza stanowisko KIO w sprawie sygn. 59/09, cytując: *“...zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy niezwłocznie po*

uzyskaniu wiadomości o zaistnieniu okoliczności, o których mowa w art 24 ust 1 P z p..... art 5 Kodeksu Cywilnego stanowi: nikt nie może czynić użytku ze swoich praw w sposób sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem prawa...”. Teza ta dotyczy także okoliczności, o których mowa w art 24 ust 2 P z p.

Odwołujący się podnosi, że zamawiający- po stwierdzeniu braku zabezpieczenia oferty firmy Proj-Przem-Projekt przez wadium- **miał i ma obowiązek** powtórzenia czynności oceny ofert, obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania przetargowego, wezwania następnego w kolejności wykonawcy, którego oferta uczestniczy w postępowaniu kwalifikacyjnym (szczególnie, jeżeli jest ona niższa niż kwota przewidziana przez zamawiającego na realizację zamówienia) do ponownego wniesienia wadium oraz dokonania ponownego wyboru oferty i zawarcia ważnej umowy.

Następnym w kolejności wykonawcą- po firmie Proj-Przem-Projekt, starającym się o uzyskanie zamówienia publicznego objętego przetargiem jest odwołująca się spółka PION. Jej oferta jest prawidłowa, spełnia wymagania SIWZ, a cena jest niższa niż kwota przewidziana przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia. Jest zatem możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy pomiędzy zamawiającym a tą spółką.

Podnosimy, iż- w opisanej powyżej sytuacji- zawarcie takiej umowy jest obowiązkiem a nie uprawnieniem zamawiającego.

Nie zachodzi bowiem sytuacja obiektywnej niemożności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy (co zachodziłoby np. gdyby nie było żadnego wykonawcy, nie byłoby z kim zawrzeć umowy)- **zatem nie mają miejsca przesłanki dopuszczające unieważnienie postępowania przetargowego** (wyrok Zespołu Arbitrów z 13.06.2006r., sygn. UZP/ZO/0-1666/06, Wyrok KIO z 26.04.2010r sygn. KIO/UZP 589/10).

Zamawiający natomiast - zamiast dokonać wskazanych powyżej czynności i zawrzeć umowę (ponieważ jest wykonawca, z którym można ten cel osiągnąć) bez uzasadnionej przyczyny unieważnił całe postępowanie.

W naszej ocenie- działaniem swoim- zamawiający naruszył przepisy **art 93 ust 1 pkt 7** ustawy z dnia 29.01.2004 r. P z p , wypaczając jego sens. Poprzez niewłaściwe zastosowanie powyższego przepisu zamawiający dokonał przedwczesnego unieważnienia postępowania przetargowego, zaniechał przy tym dopełnienia wszystkich ustawowych procedur zmierzających do osiągnięcia celu przetargu- zawarcia umowy.

Unieważnienie postępowania przetargowego przy braku spełnienia przesłanek określonych w przepisie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy P z p oznaczałoby przeniesienie odpowiedzialności za błędne postępowania jednego z oferentów na oferentów pozostałych, nieobarczonych tym błędem. **Brak należytej staranności zamawiającego** (a tym bardziej jednego z oferentów- uwaga odwołującego się) **nie może stanowić wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania** (wyrok KIO/UZP/398/09).

Według argumentacji Krajowej Izby Odwoławczej zawartej w wyroku KIO/UZP-497/09: *“....decyzja o unieważnieniu postępowania godzi w uzasadnione interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i składających oferty, zatem to na zamawiającym ciąży obowiązek starannego przeanalizowania i udowodnienia czy sytuacja będąca powodem unieważnienia spełnia przesłanki unieważnienia postępowania.....(czynność ta) musi być traktowana jako wyjątkowa i wymaga rzetelnego uzasadnienia ze strony zamawiającegoCiężar udowodnienia zaistnienia tych okoliczności spoczywa na zamawiającym..... Unieważnienie postępowania jest możliwe jedynie w enumeratywnie wymienionych przypadkach, a obowiązkiem zamawiającego, powołującego się na art 93 ust 1 pkt 7 ustawy UZP jest wykazania związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy wadą niemożliwą do usunięcia a niemożnością zawarcia ważnej umowy.....”*

Podniesione okoliczności (w ocenie odwołującego się) wskazują na konieczność i potrzebę unieważnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania przetargowego ZP/03/10 oraz jego przywrócenie- o co niniejszym wnosimy.

Zgodnie z postanowieniami **art. 7 ust. 1** ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych *“Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz **równe traktowanie oferentów**”*

Zarzucamy zamawiającemu naruszenie w/w przepisu w zaskarżonym postępowaniu przetargowym poprzez ograniczenie czynności wyboru ofert wyłącznie do oferty jednego oferenta (firmy Proj-Przem-Projekt Sp.z.o.o.). Zarzucamy, iż w sytuacji zaistnienia ustawowych przesłanek do wykluczenia wyżej wymienionego oferenta z postępowania przetargowego w jego trakcie, przed zawarciem umowy (a to z powodu ustania ważności wadium)- zamawiający pominął wszystkich pozostałych oferentów oraz zaniechał udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy P z p.

Ewidentnie celem działania zamawiającego nie jest wybór najkorzystniejszej spośród złożonych, ważnych i nie podlegających wykluczeniu ofert. W naszej ocenie i naszym przekonaniu unieważnienie postępowania przetargowego ma na celu tylko i wyłącznie danie nowej szansy firmie Proj-Przem-Projekt na uczestniczenie w kolejnym przetargu oraz złożenia w nim nowej (ważnej) oferty. Zamawiający nie liczy się przy tym z interesami pozostałych oferentów, którzy nie są wykluczeni z postępowania przetargowego, których oferty pozostają ważne i z którymi jest możliwe zawarcie niepodlegającej wykluczeniu umowy.

Jak wynika z przebiegu zaskarżonego postępowania ZP/03/10 interes publiczny nie jest on zbieżny z interesem zamawiającego, który dąży do udzielenia zamówienia wyłącznie jednemu, wybranemu wykonawcy: firmie Proj-Przem-Projekt.

Takie zachowanie zamawiającego narusza postanowienia art. 7ust 1 ustawy P z p.

W przypadku uwzględnienia przez KIO naszego odwołania - aby uniknąć konieczności wnoszenia kolejnych odwołań w niniejszym postępowaniu przetargowym- wnosimy także o nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenia czynności oceny ofert oraz wykluczenie z postępowania przetargowego wykonawcy: firmy Proj-Przem-Projekt z powodu zaistnienia okoliczności opisanych w **art. 24 ust 2 pkt. 2** ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (*brak zabezpieczenia oferty wadium*),
- odrzucenia oferty firmy Proj-Przem-Projekt, a to w oparciu o **art. 89 ust.1 pkt. 5** ustawy z dnia 29.01.2004 r. P z p.

Mając powyższe na względzie oraz uznając, że Odwołujący się: **PION Sp. z o.o. ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że jej oferta jest kompletna i korzystna dla Zamawiającego** (najtańsza ze złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu) o wartości nie przekraczającej sumy środków finansowych przeznaczone przez zamawiającego na realizację zamówienia, **a tym samym może on uzyskać zamówienie publiczne w ramach zaskarżonego przetargu- wnosimy jak na wstępie.**

Ludmiła Magdańska

W załączeniu:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. KRS PPRB "PION" Sp. z o.o w Bydgoszczy,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu. Kopię niniejszego odwołania wraz z pismem informującym przekazano Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, zgodnie z treścią art.180 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. nr 19 poz. 177 z późn .zm.),
4. pismo PION z dnia 22.06.2010r
5. pismo KPIM z dnia 30.06.2010r.

Do wiadomości:

- Kujawsko- Pomorskie Inwestycje Medyczne
87-100 Toruń Pl. Teatralny 2/ 416