

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 marca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**  
**Marek Szafraniec**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Eckert & Ziegler f – con Europe GmbH, D – 56357 Holzhausen, Nicolas – August – Otto – Strasse 7a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Onkologii, 25 – 734 Kielce, ul. Artwińskiego 3**, protestu z dnia 12 stycznia 2010r.

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Eckert & Ziegler f – con Europe GmbH, D – 56357 Holzhausen, Nicolas – August – Otto – Strasse 7a i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Eckert & Ziegler f – con Europe GmbH, D – 56357 Holzhausen, Nicolas – August – Otto – Strasse 7a**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Eckert & Ziegler f – con Europe GmbH, D – 56357 Holzhausen, Nicolas – August – Otto – Strasse 7a**

### **U z a s a d n i e n i e**

Pismem z dnia 17.12.2009r. Zamawiający reprezentowany przez Dyrektora Świętokrzyskiego Centrum Onkologii skierował zaproszenie do negocjacji w sprawie zawarcia umowy na wydzierżawienie pomieszczeń w Świętokrzyskim Centrum Onkologii w Kielcach z przeznaczeniem na uruchomienie produkcji radiofarmaceutyków, w tym również na zabezpieczenie potrzeb ŚCO, do Odwołującego Eckert & Ziegler f-con Europe GmbH z siedzibą w Holzhausen, Niemcy.

W przedmiotowym zaproszeniu Zamawiający określił przedmiot negocjacji w ten sposób:

1. „Cena za m<sup>2</sup> dzierżawionej powierzchni i jej wielkość na produkcję radiofarmaceutyków diagnostycznych. Przedmiot dzierżawy znajduje się w budynku Zakładu Medycyny Nuklearnej z ośrodkiem PET ŚCO w Kielcach, ul. Artwińskiego 3. W/w lokal składa się z pomieszczeń maksymalnej łącznej powierzchni 500 m<sup>2</sup>.
2. Sposób i rodzaj płatności.
3. Szacunkowy okres realizacji projektu od rozpoczęcia adaptacji do uruchomienia produkcji.
4. Ilość i rodzaj produkowanych radiofarmaceutyków w oparciu o posiadane licencje i zezwolenia. Jesteśmy zainteresowani produkcją następujących rodzajów radiofarmaceutyków: (...lista).
5. Rodzaj formalnego porozumienia z ŚCO w celu natychmiastowego dostępu do nowoczesnego cyklotronu i laboratoriów radiofarmaceutycznych oraz finansowy aspekt tego porozumienia-współpraca przy produkcji radiofarmaceutyków na potrzeby ŚCO(rodzaj umowy i sposób rozliczeń).
6. Sposób zapewnienia ścisłej współpracy merytorycznej i naukowej z wiodącymi ośrodkami PET w Europie.
7. Sposób adaptacji niezbędnych pomieszczeń dla uruchomienia produkcji.
8. Szacunkowy koszt nakładów na dostosowanie pomieszczeń w celu uruchomienia produkcji i sposób ich rozliczenia.

9. Okres trwania umowy dzierżawy

10. .Możliwość i sposób rozwiązania umowy.

11. .Dodatkowe propozycje przedstawione przez Zainteresowany Podmiot.”

Nadto Zamawiający wskazał cel negocjacji, którym miało być zawarcie umowy dzierżawy pomieszczeń w celu uruchomienia produkcji radiofarmaceutyków, w tym współpraca przy produkcji na potrzeby ŚCO. Warunkiem zawarcia umowy będzie uzyskanie przez ŚCO zgody organu założycielskiego na zawarcie umowy o treści wynegocjowanej przez strony.

Ostatecznie Zamawiający poprosił o przedstawienie wstępnych odpowiedzi na wskazane obszary negocjacyjne w terminie do dnia 31 grudnia 2009 i podanie terminu możliwego spotkania w dniach od 4.01 do 8.01.2010 w celu przeprowadzenia szczegółowych rozmów.

Pismem z dnia 22.12.2009r.Odwołujący wyraził zainteresowanie zaproszeniem i złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w procedurach negocjacyjnych. W załączeniu do wniosku przesłał Profil przedsiębiorstwa, dowód wpisu do RH i Schemat organizacyjny firmy.

W dniu 6.01.2010r.Zamawiający poinformował o rezygnacji z dalszych negocjacji z powodu braku odpowiedzi Odwołującego na postawione przez niego pytania w piśmie z dnia 17.12.2009r.

W dniu 7.01.2010r.Odwołujący sprzeciwił się informacji o wykluczeniu, a w dniu 12.01.2010r.wniósł do zamawiającego protest na czynność wykluczenia go z negocjacji.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 2 ust. 2 oraz art. 4 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że prowadzenie negocjacji w sprawie zawarcia umowy na dzierżawę pomieszczeń umożliwia jej automatyczne połączenie z wyborem wykonawcy do produkcji radiofarmaceutyków, bez konieczności wyboru tegoż wykonawcy w trybie przewidzianym ustawą Pzp, a także naruszenie art. 24 Pzp poprzez nieuzasadnione wykluczenie Wykonawcy.

W ramach wniesionego protestu Odwołujący zażądał ogłoszenia przetargu na dostawę dla ŚCO, przywrócenia go do negocjacji w sprawie zawarcia umowy na wydzierżawienie pomieszczeń ŚCO, z przeznaczeniem na uruchomienie produkcji radiofarmaceutyków, w tym również na zabezpieczenie potrzeb ŚCO, przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami ustawy Pzp, udzielenia zamówienia na dostawę zgodnie z Pzp.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu.

Odwołujący w dniu 27.01.2010r.wniósł odwołanie na brak rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty jak w proteście. W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosil o unieważnienie wszystkich czynności Zamawiającego oraz o wszczęcie i prowadzenie postępowania o uzp w trybie przetargu nieograniczonego.

W piśmie z dnia 2.02.2010r.pełnomocnik Zamawiającego sporządził odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o odrzucenie odwołania stosownie do art.187 ust.4 pkt 1 ustawy

Pzp, względnie o oddalenie odwołania w całości lub umorzenie postępowania odwoławczego w przypadku cofnięcia przez Odwołującego wniesionego odwołania. Zamawiający podniósł, że odwołanie dowolnie wskazywało, że dotyczyło ono postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę radiofarmaceutyków, a zaproszenie do negocjacji nie oznaczało wszczęcia procedury dotyczącej wyłonienia dostawcy radiofarmaceutyków, lecz było działaniem sondującym rynek.

W odpowiedzi na pismo z dnia 2.02.2010r. pełnomocnik Odwołującego wystosował pismo do UZP stanowiące polemikę prawną w zakresie interpretacji oświadczenia woli złożonego w zaproszeniu do negocjacji z dnia 17.12.2009r. Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z nim „warunkiem zawarcia umowy będzie uzyskanie przez ŚCO zgody organu założycielskiego na zawarcie umowy o treści wynegocjowanej przez strony”. Nadto Odwołujący zaznaczył, iż negocjacje miały doprowadzić „do współpracy przy produkcji radiofarmaceutyków, a produkcja miała zabezpieczyć potrzeby ŚCO. Odwołujący powyższe oświadczenia potraktował jako planowane negocjacje mające na celu wyłonienie kontrahenta dostawy.

W piśmie z dnia 12.02.2010r. Odwołujący wyjaśnił, iż nigdzie nie określał wartości zamówienia, ani nie wszczynał postępowania o uzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym Izba stwierdziła, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, iż zachodzi przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, bowiem w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że przedmiotem prowadzonego postępowania były negocjacje zmierzające do zawarcia umowy dzierżawy, a nie dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 Pzp.

Izba uznała, iż zawartość elementów przedmiotowo istotnych w piśmie z dnia 17.12.2009r. Zamawiającego, a w szczególności przedmiot dzierżawy, cena 1m<sup>2</sup>, sposób i rodzaj płatności, sposób adaptacji niezbędnych pomieszczeń, szacunkowy koszt nakładów na dostosowanie pomieszczeń, okres trwania umowy dzierżawy, decydują o zakwalifikowaniu zaskarżonej procedury do działań w sferze swobody umów, o której mowa w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Jest to działanie prawne o tyle nieskrępowane, że umowa dzierżawy bez wydatkowania środków publicznych nie mieści się w pojęciu zamówień publicznych, o którym mowa, w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Przez zamówienia publiczne zgodnie z tym przepisem należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy

zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W tym stanie rzeczy Izba po ustaleniu, iż w przedmiotowej sprawie nie doszło do przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku szacowania przez Zamawiającego ceny dostawy, jak również do wszczęcia jakiegokolwiek procedury o udzielenie zamówienia publicznego oraz czynności wykluczenia w ramach tej procedury, przyjęła, że przepisy ustawy Pzp nie mogły mieć w niej zastosowania. Podstawą rozstrzygnięcia dokonanego przez Izbę było także oświadczenie pełnomocników Zamawiającego złożone w toku posiedzenia, wyjaśniające, że w ramach przedmiotu dzierżawy nie miały być wydatkowane środki publiczne. Tym samym dyspozycja przepisu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp nie została w tym zakresie wypełniona.

Z powyższych względów Izba postanowiła odwołanie odrzucić na zasadzie art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....