

Sygn. akt: KIO 2171 /14

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 30 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

Wobec cofnięcia w dniu 29 października 2014 r. przed otwarciem posiedzenia odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2014 r. przez **wykonawcę INFRACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 104/505** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu, ul. Borowska 213**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. gen. J. Zajączka 9 kwoty 13 500 zł. 00 gr. (słownie: trzysta tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż i uruchomienie rezonansu magnetycznego 3T wraz z wykonaniem niezbędnych prac adaptacyjnych pomieszczeń oraz serwisem pogwarancyjnym zostało wszczęte przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu, ul. Borowska 213 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2014/S/178- 314191 w dniu 17 września 2014 r.

Zamawiający w dniu 7 października 2014r. dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i zamieścił ją na stronie internetowej. Modyfikacja siwz postawiła wykonawcom wymóg załączenia do oferty projektu budowlanego sporządzonego zgodnie z wytycznymi określonymi w ustawie Prawo Budowlane.

W dniu 17 października 2014r. pisemne odwołanie wniósł wykonawca INFRACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 104/505 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2014r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i umocowanego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 października 2014r.

Odwołujący uważa, że zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2013r. poz. 907 ze zm - dalej Pzp):

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 91 ustawy Pzp, przez wprowadzenie wymogu w postaci obowiązkowego opracowania i złożenia jako elementu treści oferty wykonawcy kompletnego projektu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany zapisów modyfikacji SIWZ w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania umożliwiając tym samym złożenie odwołującemu ważnej oferty.

Wskazał, że jest jednym z wykonawców ofertującym na rynku polskim urządzenia medyczne będące przedmiotem niniejszego odwołania, a opis wymaganych dokumentów w dotychczasowym brzmieniu uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty.

W uzasadnieniu podniósł, że w dniu 7.10.2014 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej zawiadomienie o modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po analizie dokumentu odwołujący stwierdził, iż zamawiający wprowadził zmianę niezgodną z przepisami ustawy Pzp i zasadami oceny ofert i tym samym uniemożliwił odwołującemu ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w rozdziale VI.

DOKUMENTACJA PROJEKTOWA dokonał zmiany treści pkt. 12 i tym samym wprowadził wymóg załączenia do oferty uzgodnionego z zamawiającym projektu budowlanego (w 4 egzemplarzach) sporządzonego zgodnie z wytycznymi określonymi w ustawie Prawo Budowlane wraz z oświadczeniem/upoważnieniem do wykorzystania przez zamawiającego projektu budowlanego dodanym do SIWZ jako załącznik nr 7.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 31 ustawy Pzp:

1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.
2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno- użytkowego.
3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

O ile zatem przedmiot zamówienia to dostawa wraz z montażem i instalacją, czyli adaptacją, to ocena oferty jest dokonywana na podstawie wyceny kosztów realizacji tych prac, w tym wykonania odpowiedniej dokumentacji budowlanej. Działania zamawiającego, zdaniem odwołującego, świadczą o naruszeniu art. 91 ustawy Pzp. Wymóg w postaci obowiązkowego opracowania i złożenia jako elementu treści oferty wykonawcy kompletnego projektu jest sprzeczny z art. 91 ustawy Pzp i zasadami dotyczącymi oceny ofert. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie przez zamawiającego złożenia dokumentacji projektowej jasno wskazuje, iż nie są one niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania, nie mają wpływu na faktyczną możliwość realizacji zamówienia, a jednak w wyniku ich zamieszczenia, ograniczona została konkurencja i wyeliminowano niektóre podmioty chcące złożyć ofertę żądanie przeprowadzenia przez wykonawców kosztownych opracowań - będących de facto elementem przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o zamówienie publiczne, stanowi nierówne traktowanie podmiotów - faworyzowanie podmiotów dysponujących większymi środkami pieniężnymi, dla których takie kwoty stanowią niewielkie obciążenie dla budżetu, co pozostaje bez wpływu na faktyczną szansę na lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia.

Realne szanse zwrotu kosztów wykonania już elementu przedmiotu zamówienia ma jedynie wykonawca, który złoży ofertę uznaną za najkorzystniejszą, a zamawiający nie przewiduje w trybie art. 36 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp zwrotu kosztów przygotowania oferty. Wymaganie przedłożenia projektu wraz z oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być utożsamiany ze świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego na etapie ofertowania.

Jednocześnie według odwołującego, biorąc pod uwagę konsekwencje ekonomiczne i finansowe, na jakie mogą zostać narażeni wykonawcy, w związku z koniecznością złożenia projektów wraz z ofertą charakteryzujących się znaczną wartością, zasadnym jest rezygnacja z żądania tego dokumentu na tym etapie. Próba wymagania dostarczenia elementu realizacji umowy, jakim jest projekt budowlany, na etapie ofertowania jest nie do pogodzenia z Pzp. Uwzględniając powyższe, w ocenie odwołującego, czynność zamawiającego będąca przyczyną wniesienia odwołania została dokonana z naruszeniem przepisów Pzp.

W dniu 20 października 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 24 października 2014r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazując, że w dniu 23. 10. 2014r. ukazało się ogłoszenie Ministerstwa Zdrowia (znak : IK 44863) w sprawie wyboru realizatorów „ Narodowego programu zwalczania chorób nowotworowych, zadanie pn.: „Zakup aparatury diagnostycznej dla wczesnego wykrywania nowotworów” w zakresie zakupu tomografów komputerowych i rezonansów magnetycznych na rok 2014 oraz podziału środków finansowych zarezerwowanych na przedmiotowe zadanie. Zgodnie z decyzją Komisji Konkursowej, zaakceptowaną przez Ministra Zdrowia, do realizacji ww. programu obejmującego m.in. zakup rezonansów magnetycznych nie został wyłoniony Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego we Wrocławiu . Zamawiający w pkt 3.5 SIWZ zastrzegł sobie prawo do unieważnienia przedmiotowego postępowania w przypadku nieotrzymania środków finansowych na zakup przedmiotowego urządzenia z Ministerstwa Zdrowia. Zamawiający wskazał, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W dniu 29 października 2014r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie w imieniu odwołującego złożył prokurent samoistny ujawniony w KRS odwołującego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....