

Sygn. akt: KIO/UZP 1154/09

**WYROK**  
**z dnia 30 września 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio

**Członkowie:** Ewa Jankowska

Marek Koleśnikow

**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Medline**” Sp. z o.o., **65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** protestu z dnia 16 lipca 2009 r.<sup>1</sup>

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża „Medline” Sp. z o.o., 65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**Medline**” Sp. z o.o., **65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez „**Medline**” Sp. z o.o., **65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17**, na rzecz **Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Medline**” Sp. z o.o., **65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17**.

## **Uzasadnienie**

### **Stan faktyczny**

#### **POSTĘPOWANIE**

Zamawiający, Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych (sprawa 11/2009).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 09.07.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą w zakresie części 14 uznano ofertę BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. z Piskorzowa.

#### **PROTEST**

W dniu 16.07.2009 r. Medline Sp. z o.o. z Zielonej Góry, zwana dalej „protestującym”, wniosła protest wobec ww. czynności, podnosząc naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez wybór i zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie wymaganego koloru torby do indywidualnego Zestawu profilaktyczno-leczniczego.

W związku z powyższym protestujący zażądał:

- odrzucenia oferty firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o.,

- wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

Opisując przedmiot zamówienia w zakresie dotyczącym torby do indywidualnego Zestawu profilaktyczno-leczniczego (w każdym ze wskazanych wyżej postępowań) Zamawiający wymagał, aby torba ta była wykonana zgodnie z wymaganiami w załączniku: „Założenia do projektu opakowania”, tzn.

Cordura 3000 impregnowana

- khaki – RAL 6003
- zielony morski – RAL 6013
- czarny – RAL 9005
- kamuflaż pantera
- kamuflaż pustynny

Na potwierdzenie spełniania tych wymagań Zamawiający zażądał załączenia do ofert prototypów toreb (rozdział V, punkt 3 SIWZ).

Według najlepszej wiedzy Protestującego, Firma BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. w każdym z postępowań wymienionych na wstępie załączyła do oferty po 5 prototypów toreb, które nie spełniają warunków SIWZ. Są to bowiem prototypy wykonane z materiału Cordura 1000 w kolorze RAL – 6057 „bottle-green”, tj. w kolorze niezgodnym z zacytowanymi wyżej wymaganiami SIWZ. Twierdzenie Protestującego można łatwo zweryfikować poprzez porównanie prototypów toreb załączonych do ofert firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. z oryginalną paletą RAL.

Zdaniem Protestującego, oferta dotknięta wadą tego rodzaju podlega bezwzględnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z uwagi na charakter wady oferty firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o., art. 87 ustawy Pzp nie może mieć zastosowania.

Protestujący załączył do swoich ofert w każdym ze wskazanych na wstępie postępowania prototypy wykonane z materiału Cordura 1000 impregnowana w kolorze RAL 6003 „khaki”, tj. w jednym z kolorów określonych w SIWZ.

[...]”

## ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 30.07.2009 r., w myśl art. 183 ust. 3 ustawy protest należało uznać za oddalony, natomiast w dniu 04.08.2009 zamawiający przekazał protestującemu pismo z uzasadnieniem oddalenia protestu.

W ww. piśmie podniesiono m.in.:

„[...]”

W przedmiotowym postępowaniu w wyniku analizy zarzutów protestu firmy MEDLINE Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, iż oferta firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o., 58-250 Pieszyce, Piskorzów 51 spełnia wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej "siwz".

W SIWZ w rozdziale V Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania zostały wymienione wszystkie warunki, których spełnienia wymagał w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający. M.in. Zamawiający wymagał załączenia do oferty pięciu sztuk prototypów toreb do indywidualnego Zestawu profilaktyczno-leczniczego. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wymagał aby torba ta była wykonana zgodnie z wymaganiami siwz (załącznik nr 4 c ). Zamawiający otrzymał wraz z ofertą firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. pięć prototypów toreb do indywidualnego Zestawu profilaktyczno-leczniczego. Po przeprowadzeniu badań jakościowych prototypów w/w toreb przez Sekcję Modernizacyjno-Wdrożeniową Zamawiającego, gdzie badaniom podlegał każdy element estetyki wykonania, koloru, szczelności , jakości wykonanych nadruków, wytrzymałości elementów nośnych, jakości i trwałości zastosowanych taśm elastycznych, jakości zastosowanego materiału, w dniu 18 czerwca 2009 roku wydano opinię. Prototypy toreb spełniają wymogi zawarte w siwz.

[...]"

## ODWOŁANIE

W dniu 10.08.2009 r. spółka Medline wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu powtórzono wszystkie zarzuty oraz wnioski protestu.

W uzasadnieniu podniesiono m.in.:

„[...]”

Odwołujący się w pełni podtrzymuje zarzuty wskazane w treści protestu wraz z ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym, a ponadto, odnosząc się do pisma Zamawiającego przesłanego faksem w dniu 04 sierpnia 2009 r., stwierdza co następuje:

1) W treści „informacji o rozstrzygnięciu protestu” Zamawiający nie ustosunkował się konkretnie do zarzutu postawionego w proteście, dotyczącego niezgodnego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia koloru prototypów toreb do indywidualnego zestawu profilaktyczno-leczniczego, załączonych do oferty firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził jedynie, iż dokonująca w jego imieniu oceny ofert Sekcja Modernizacyjno-Wdrożeniowa, po przeprowadzeniu badań jakościowych prototypów toreb, uznała, poprzez opinię z dnia 17 czerwca 2009 r., iż załączone do ofert prototypy toreb spełniają wymagania SIWZ. Z powyższego Odwołujący się wnosi, iż podejmując decyzję o

oddaleniu protestu i formułując „Informację o rozstrzygnięciu protestu” Zamawiający nie dokonał po wniesieniu protestu weryfikacji zakwestionowanej przez Odwołującego się oceny w zakresie koloru prototypów toreb załączonych do oferty firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o.

2) Porównanie koloru prototypów toreb załączonych do oferty firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. z oryginalną paletą RAL, do której odwołał się Zamawiający w SIWZ, pozwala stwierdzić, iż kolor zakwestionowanych prototypów toreb firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. nie jest żadnym z kolorów wymienionych w SIWZ: RAL 6003 „khaki”, RAL 6013 „zielony morski”, RAL 9005 „czarny”, kamuflaż pantera, kamuflaż pustynny;

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący się przedstawi w toku rozprawy dowód, polegający na zestawieniu oryginalnej palety RAL z prototypami toreb dołączonymi do oferty firmy Boxmet Medical sp. z o.o. W celu przeprowadzenia tego dowodu odwołujący się wnosi o wezwanie Zamawiającego do okazania prototypów, o których mowa powyżej podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Z powyższego wynika, iż oferta firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. nie spełniła wymagań Zamawiającego w zakresie dopuszczalnych kolorów prototypów toreb, określonych w załączniku 4c do SIWZ, i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

[...]

**Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Następnie Izba wskazuje, iż nie budzą wątpliwości i nie są pomiędzy stronami sporne treść oraz znaczenie postanowień siwz dotyczących dopuszczalnej kolorystyki toreb medycznych. Adekwatne postanowienia siwz zostały powołane przez strony i zacytowane w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia.

Sporna pomiędzy stronami pozostaje ocena czy prototyp torby dostarczonej przez firmę BOXMET MEDICAL swoim kolorem odpowiada paletom barw wyspecyfikowanym przez zamawiającego poprzez odwołanie do kolorów i ich oznaczeń w paletcie RAL .

Odnosząc się do powyższego Izba oparła się na dokumentacji postępowania przedstawionej na rozprawie przez zamawiającego (prototypach toreb złożonych przez wykonawców wraz z ofertami), oraz na dostarczonych przez strony, wzajemnie zgodnych, papierowych odwzorowaniach (wzornikach) kolorów palety RAL.

Oceniając przedstawione w trakcie rozprawy dowody Izba stwierdza, iż wizualne oględziny koloru danej torby i jego porównania z odcieniami zieleni występującymi w paletcie RAL nie

pozwalają na jednoznaczne potwierdzenie bądź wykluczenie, że torba dostarczona przez wybranego wykonawcę nie jest torbą w kolorze RAL 6003 (kolor stwierdzony jako występujący na torbie przez zamawiającego).

Jak wskazuje przebieg niniejszego postępowania odwoławczego (w tym przebieg narady składu orzekającego) – zdania na ten temat mogą być podzielone, a zmysłowe oceny odcieni koloru zielonego przez poszczególnych patrzących są niepewne i różne. Biorąc pod uwagę subiektywność i nieprecyzyjność wzrokowego odbioru zakresów widmowych światła na danej powierzchni, które dodatkowo mogą być zakłócone i zmieniane poprzez intensywność i rodzaj oświetlenia, tło czy fakturę pokolorowanej powierzchni, nie sposób, na podstawie samych wzrokowych oględzin i porównania barw, stanowczo orzec w przedmiocie przyporządkowania kolorystycznego torby wybranego wykonawcy, a tym samym przyjąć niosące doniosłe skutki prawne twierdzenie o niezgodności jego oferty z treścią siwz.

Uwzględniając procesową (art. 188 ust. 1 Pzp), jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) spoczywającego na podmiocie, który z danych okoliczności wywodzi skutki prawne, w pewnym sensie wyrażającą się w paremii *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (*ten przeprowadza dowód, kto twierdzi, nie ten kto przeczy*), Izba wskazuje, iż odwołujący żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, poza wskazanymi i zdeprecjonowanymi powyżej wzrokowymi oględzinami kolorów, nie przedstawił. Tymczasem istnieje szereg metod i możliwości bardziej obiektywnego niż zmysłowe, porównania i przyporządkowania kolorów. Oczywiście za w pełni miarodajne uznać należałoby fizyczne badania koloru przeprowadzone przez uznany ośrodek naukowy. Niemniej jednak również dowodem tego typu, który mógłby zostać uznany za wiarygodny oraz przewyższający świadectwo ludzkich zmysłów, byłyby np. pomiary wykonane powszechnie dostępnymi na rynku urządzeniami służącymi do porównywania i badania barw.

Na marginesie Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż dokonując przedstawionej oceny ofert, zamawiający nie tylko ocenił, iż torba wybranego wykonawcy odpowiada siwz w zakresie wyspecyfikowanej kolorystyki, ale w ten sposób również uznał, że wyrób spełnia potrzeby Wojska Polskiego w zakresie pożądanego kamuflażu oraz sprawdzi się w warunkach bojowych w terenach działań na których będzie używany – zamawiający bierze odpowiedzialność za bezpieczeństwo żołnierzy posługujących się przyjętym produktem.

Uwzględniając powyższe, niezgodność oferty wybranej z siwz w zakresie kolorystyki torby na indywidualne wyposażenie medyczne żołnierza należało uznać za nieudowodnioną, a tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy za niepotwierdzony.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku sprawy. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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.), zasądzone na rzecz zamawiającego koszty zastępstwa na podstawie przedstawionego rachunku w kwocie 3.000, 00 zł.

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 niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....