

Sygn. akt: KIO 1910/17

WYROK
z dnia 22 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2017 r. przez wykonawcę **Color Trading Sp. z o.o., ul. Żołąny 40, 02-815 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Śląskie Centrum Chorób Serca, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze**,

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez podział zamówienia na części polegający na wydzieleniu do osobnej części elementów zamówienia wskazanych w pozycji 2 i 3 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nakazuje odpowiednie wprowadzenie powyższych zmian do treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Śląskie Centrum Chorób Serca, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Color Trading Sp. z o.o., ul. Żołąny 40, 02-815 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego **Śląskie Centrum Chorób Serca, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze** na rzecz Odwołującego - **Color Trading Sp. z o.o., ul. Żołąny 40, 02-815 Warszawa** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie:

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów reprezentacji przed Izłą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa zestawów do ciągłej hemodializy”, numer referencyjny: 64/EZP/17, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2.09.2017 r. pod numerem Dz.U. 2017/S 168-345085

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących dostaw.

Odwołujący Color Trading Sp. z o.o., ul. Żołą 40, 02-815 Warszawa, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu niezgodnej z przepisami treści postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części;
- 2) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych, co w konsekwencji skutkować będzie nieudzieleniem zamówienia w częściach i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu;
- 3) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu;
- 4) art. 96 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na części;

5) art. 96 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp poprzez wadliwe i niewyczerpujące uzasadnienie powodów niedokonania podziału zamówienia na części, pomimo obiektywnego braku podstaw do nie podzielenia zamówienia na części;

6) art. 96 ust. 3 Ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania w części zawierającej podanie powodów (uzasadnienia) niedokonania podziału zamówienia na części.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu podziału zamówienia na części zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ – poprzez podział pakietu na minimum dwie części, część 1 - pozycja 2 i 3, część 2 - pozycje 1, 4-14 oraz dopuszczenie możliwości składania oferty częściowych. Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt II.2 SIWZ, przedmiot zamówienia obejmuje dostawę zestawów do ciągłej hemodializy zawartych w Pakiecie nr 1, odpowiadających parametrom technicznym umieszczonym w załączniku nr 2 do SIWZ. Podniósł, że jednocześnie w świetle pkt 11.5 SIWZ, Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych. Przedmiot Zamówienia stanowi jedną całość (pakiet), na którą składa się 14 pozycji wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ, wśród których znajduje się m.in.: wodorowęglanowy dializat (pozycja nr 2) oraz cytrynian sodu 4% (pozycja nr 3).

Odwołujący podnosi, że pozycje te zostały objęte jednym zamówieniem, wraz dwunastoma innymi pozycjami, pomimo tego, że we wcześniejszych postępowaniach organizowanych przez tego samego Zamawiającego, były one objęte odrębnymi częściami zamówienia (Pakietami).

Na dowód przedłożył wyciąg z załącznika nr 5 do SIWZ z 26.05.2017 r. obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego na „Dostawę płynów do hemofiltracji” oraz wyciąg z załącznika nr 6 do SIWZ z 25.08.2015 r. obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę produktów leczniczych, wyrobów medycznych oraz dietetycznych środków spożywczych”.

Odwołujący wskazuje, iż ukształtowanie SIWZ obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu poprzez niczym nieuzasadnione zaniechanie podziału Zamówienia na części - wbrew wcześniejszej praktyce i racjonalności ekonomicznej - uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu. Podnosi, iż w praktyce bowiem na rynku istnieje tylko jeden podmiot - Fresenius Medical Care Polska Spółka Akcyjna (dalej jako Fresenius) - który może złożyć ofertę obejmującą wszystkie pozycje objęte przedmiotem Zamówienia. Informuje, iż część z pozycji (tj. 1, 4-8, 10-14) wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ (Pakiet)

dostarcza wyłącznie producent i żadnej innej podmiot na rynku poza producentem nie jest w stanie złożyć oferty na wyżej wskazane pozycje. Brak podziału na części skutkuje tym, że żaden podmiot poza producentem nie może złożyć w przedmiotowym postępowaniu oferty pomimo tego, że jest w stanie zrealizować część pozycji wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ. Ponadto, w opinii Odwołującego nie ma racjonalnej podstawy dla przyjęcia twierdzenia, że uzyskanie całości zamówienia tylko przez jednego wykonawcę zapewni prawidłową realizację zamówienia. Wskazał, iż taka informacja nie znajduje się w udostępnionym mu dnia 12.09.2017 r. protokole postępowania.

Odwołujący podnosi, że podejmował także próby uzyskania wglądu do protokołu postępowania, celem zapoznania się ze szczegółowym uzasadnieniem dla zaniechania podzielenia Zamówienia na części. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyłącznie część protokołu zawierającą lakoniczne stwierdzenie, że nie dokonał podziału zamówienia: „*ze względów medycznych, technicznych i ekonomicznych nie dokonano podziału na części – szczegółowe uzasadnienie w załączniku do protokołu*”. Odwołujący do dnia wniesienia odwołania nie uzyskał wglądu (pomimo złożenia w tym przedmiocie wniosku) w „szczełowe uzasadnienie” niedokonania podziału zamówienia na części.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części ograniczając tym samym dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie są w stanie zrealizować całego zamówienia, natomiast są w stanie złożyć oferty na części zamówienia i zaoferować Zamawiającemu korzystniejsze ceny. Wskazuje, że wykonawcy specjalizują się w konkretnych elementach przedmiotowego zamówienia (wskazanych jako pozycje w Pakiecie, którego opis stanowi załącznik nr 2 do SIWZ) i tym samym posiadają korzystniejsze oferty od swoich dostawców, przez co są w stanie zaoferować lepsze ceny za jakościowo lepszy lub porównywalny produkt niż podmioty, które są w stanie zrealizować całe zamówienie i które nie specjalizują się w konkretnych częściach zamówienia. Wskazuje, iż Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia podzielił przedmiot zamówienia na 14 części - elementów i w taki sam sposób powinien podzielić całe postępowanie, umożliwiając wykonawcom złożenie ofert na konkretne części, w których się specjalizują.

Odwołujący podkreśla, że obowiązek podziału zamówienia na części wynika zarówno z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jak i zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż pomimo tego, że z żadnego przepisu wprost (bezpośrednio) nie wynika obowiązek podziału zamówienia na części, to taki obowiązek wynika z interpretacji przepisów ustawy Pzp, w tym art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, a także z przepisów dyrektywy klasycznej. Odwołujący powołuje się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2017 r., sygn.

akt: KIO 2346/16. Podnosi ponadto, iż ww. opinia Urzędu Zamówień Publicznych wprost wskazuje, że „*należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruży konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom*”. W przedmiotowym postępowaniu brak podziału zamówienia na części uniemożliwił dostęp do zamówienia mniejszym podmiotom, które specjalizują się w konkretnych zamówieniach (wyodrębnionych w Pakiecie stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ), zatem doszło do naruszenie konkurencji poprzez ograniczenie tym podmiotom możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący zwraca uwagę, że postępowanie dotyczy specjalistycznej branży, posiadającej ograniczony krąg dostawców, z których każdy posiada swoją specjalizację. Podział zamówienia na części umożliwił do tej pory złożenie ofert przez różne podmioty, natomiast brak podziału zamówienia na części uniemożliwia im złożenie ofert w postępowaniu. Podnosi, iż Zamawiający nie ma żadnych korzyści z tego, że otrzyma pełne zamówienie od jednego wykonawcy a ze względu na specyfikę branży - prawdopodobnie tylko jeden podmiot złoży ofertę, zatem Postępowanie będzie niekonkurencyjne i tym samym zostanie naruszona naczelna zasada zamówień publicznych obligująca Zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie działanie będzie skutkowało niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych poprzez otrzymanie jednej, droższej oferty, zamiast kilku o konkurencyjnych cenach. Zamawiający nie posiada żadnego interesu w zawarciu umowy z jednym wykonawcą i zapłaceniu wyższej ceny.

Zamawiający w toku rozprawy złożył do protokołu oświadczenie, na poparcie którego złożył dowody w postaci dokumentów. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. W pierwszej kolejności podniósł, że przedmiotem zamówienia jest szereg części składowych, które powinny być dostarczone razem, ażeby zapewnić właściwe leczenie pacjentów. Wskazał, iż w przeciwieństwie do uprzednio prowadzonych zamówień, gdzie został zastosowany podział przedmiotu zamówienia na pakiety, tak jak żąda tego Odwołujący, w przypadku tego postępowania zamówienie winien zrealizować jeden dostawca, ze względu na nową metodę leczenia – hemodiafiltrację. Podniósł, iż w metodzie tej następuje mieszanie płynów wskazanych w pozycji 2 i 3 załącznika 2 do SIWZ, tj. wodorowęglanowego dializatu i cytrynianu sodu 4% z innymi substancjami wymienionymi w tym załączniku. Zamawiający wskazał, iż zastosowanie płynów różnych producentów może dać zafałszowane wyniki, bowiem producent urządzeń – firma Fresenius zaprogramował urządzenia z założeniem stosowania ww. płynów jego produkcji. Zamawiający wskazał, iż w ubiegłych miesiącach

trzykrotnie wystąpiły błędy w działaniu ww. urządzeń w trakcie stosowania płynów różnych producentów, przy czym przyznał, że przyczyna wystąpienia tych błędów jest jeszcze wyjaśniana. Zamawiający nie zaprzeczył, iż skład przedmiotowych płynów oferowanych przez Odwołującego jest identyczny z płynami produkcji Fresenius, przy czym podniósł, że mogą one posiadać „odmienne właściwości”. Zamawiający nie wskazał, jakie to właściwości, przy czym podkreślił, iż mogą one wpłynąć na prawidłowość działania urządzeń po wymieszaniu z płynami produkcji firmy Fresenius. Wskazał, iż płyny innego producenta nie posiadają badań klinicznych. Zamawiający, odnosząc się do przedłożonego przez Odwołującego oświadczenia producenta przedmiotowych płynów mającego potwierdzać kompatybilność z urządzeniami Fresenius, podniósł, że oświadczenie to jest nieaktualne, bowiem dotyczy stosowania płynów do samej hemodializy, bez hemodiafiltracji. Zamawiający stwierdził również, iż przy tak opisanym przedmiocie zamówienia, zrealizować je może jedynie Fresenius, jako jedyny producent wszystkich pozycji wymienionych w załączniku 2 do SIWZ. Zamawiający przedłożył również wyliczenia własne oraz firmy Fresenius, oparte o zapytanie cenowe skierowane do dwóch producentów – firmy Gambro i firmy Fresenius, wskazujące, iż przy osobnym zakupie płynów wskazanych w pozycji 2 i 3 załącznika nr 2 do SIWZ cena zamówienia wzrośnie. Zamawiający przyznał również, iż rzeczywiście nie udostępnił Odwołującemu załącznika do protokołu postępowania zawierającego szczegółowe uzasadnienie odstąpienia od podziału zamówienia na części, wskazał, że to jego wina. Zamawiający podniósł, iż brak podziału zamówienia na części nie wpływa na sytuację małych i średnich przedsiębiorstw, bowiem żaden z wykonawców zdolnych wykonać zamówienie nie należy do tych kategorii.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści

postanowień SIWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Bezspornymi między stronami były następujące okoliczności. Zamawiający prowadzi postępowania pn. „Dostawa zestawów do ciągłej hemodializy.”, numer referencyjny: 64/EZP/17, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2.09.2017 r. pod numerem Dz.U. 2017/S 168-345085. Zgodnie z pkt II.2 SIWZ, przedmiot zamówienia obejmuje dostawę zestawów do ciągłej hemodializy zawartych w Pakiecie nr 1, odpowiadających parametrom technicznym umieszczonym w załączniku nr 2 do SIWZ. Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych. Przedmiot Zamówienia stanowi jedną całość (pakiet), na którą składa się 14 pozycji wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ, wśród których znajduje się m.in.: wodorowęglanowy dializat (pozycja nr 2) oraz cytrynian sodu 4% (pozycja nr 3). W postępowaniach uprzednio prowadzonych przez Zamawiającego przedmiotowe pozycje były wydzielone do osobnych pakietów. Zamawiający przyznał również, iż w przedmiotowym postępowaniu ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia pozwala złożyć ofertę jedynie wykonawcy Fresenius. Poza sporem pozostawała również okoliczność zaniechania udostępnienia Odwołującemu załącznika do protokołu postępowania zawierającego szczegółowe uzasadnienie zaniechania podziału zamówienia na części.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie, jako zasadne, zasługuje na uwzględnienie.

1) Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania w części zawierającej podanie powodów (uzasadnienia) niedokonania podziału zamówienia na części, należało uznać, iż zarzut ten jest zasadny, co jednakże nie mogłoby stanowić podstawy dla uwzględnienia odwołania, bowiem naruszenie to nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, co zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania. Należy przy tym podkreślić, iż co prawda art. 96 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że załączniki do protokołu postępowania ujawnia się po wyborze oferty najkorzystniejszej, jednakże odnosi się to do załączników wskazanych w art. 96 ust. 2

ustawy Pzp, natomiast załącznik którego udostępnienia zaniechał zamawiający dotyczy przedmiotowy zarzut stanowił rozwinięcie zawartych w protokole postępowania powodów niedokonania podziału zamówienia na części, o którym mowa w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał przyczyn odmowy udostępnienia ww. załącznika, zaś w trakcie rozprawy przed Izbą, przyznał, iż jest winny temu zaniechaniu. Wskazać należy, iż ww. działanie Zamawiającego, jakkolwiek pozostające bez wpływu na wynik postępowania, pozostaje naganne i mogło mieć wpływ nie tylko na naruszenie zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ale również na możliwość wniesienia skutecznych środków ochrony prawnej przez zainteresowanych wykonawców.

2) Zarzut naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

W przedmiocie naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, mającym polegać na wadliwym i niewyczerpującym uzasadnieniu powodów niedokonania podziału zamówienia na części, pomimo obiektywnego braku podstaw do nie podzielenia zamówienia na części, Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się w okolicznościach niniejszej sprawy. Jak wskazano powyżej, Zamawiający dokonał szczegółowego uzasadnienia niedokonania podziału zamówienia na części, które zawarł w załączniku do protokołu. Artykuł 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp tworzy obowiązek zawarcia takiego uzasadnienia w protokole (przy czym nie ma podstaw, aby wyłączyć możliwość zawarcia szczególnie szerokiego uzasadnienia w załączniku do protokołu – podlegającego udostępnieniu na tych samych zasadach co sam protokół postępowania), co Zamawiający w przedmiotowej sprawie uczynił. Zasadność zaniechania podziału zamówienia na części pozostaje odrębną kwestią, która może być rozpatrywana w świetle naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp, o czym poniżej. Sam artykuł 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp konstytuuje jedynie obowiązek podania przez Zamawiającego uzasadnienia zaniechania podziału zamówienia na części, co Zamawiający w niniejszej sprawie uczynił. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w postępowaniu Zamawiającego naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, co nie wpływa na ustalenie, iż odwołanie jest zasadne wobec naruszenia innych norm ustawy Pzp.

3) Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36aa ust. 1 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zasadnym będzie kumulatywne rozpatrzenie powyżej wskazanych zarzutów, rozbitych przez Odwołującego na trzy osobne naruszenia przepisów ustawy Pzp,

ponieważ wszystkie sprowadzają się do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, polegające na zaniechaniu podziału zamówienia na części, jak również niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych.

Jak wskazano powyżej, bezsporną w sprawie była okoliczność, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwił złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy – firmie Fresenius. Wynikało to z faktu, iż wykonawca ten, jako jedyny może dostarczyć wszystkie składniki zamówienia wymienione w załączniku nr 2 do SIWZ. Brak wydzielenia pozycji nr 2 i 3 do osobnej części zamówienia oraz brak możliwości składania ofert częściowych uniemożliwił innym wykonawcom, posiadającym w ofercie produkty wskazane w tych pozycjach, ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakresie dotyczącym tych produktów. Dotychczasowa praktyka Zamawiającego polegała na podziale zamówienia na pakiety, co umożliwiało ubieganie się o udzielenie zamówienia m.in. Odwołującemu. Nie ulega wątpliwości, iż sporządzenie przedmiotu zamówienia w sposób, który ograniczy dostęp do udzielenia zamówienia do jednego wykonawcy, jest działaniem naruszającym zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający konieczność takiego opisu przedmiotu zamówienia uzasadniał okolicznością, iż w nowej metodzie hemodiafiltracji, do której używał będzie przedmiotu zamówienia, dochodzi do mieszania płynów określonych w pozycji 2 i 3 załącznika nr 2 do SIWZ z innymi substancjami tam wskazanymi i nie jest wiadomym, jaki będzie skutek wymieszania płynów pochodzących od różnych producentów. Należy jednak zauważyć – czego Zamawiający nie kwestionował – iż płyny oferowane przez Odwołującego mają identyczny skład, zaś niemożność przewidzenia ww. skutków wymieszania substancji miała wynikać z innych, nieokreślonych przez Zamawiającego właściwości oferowanych produktów. Właściwości te nie były elementem opisu przedmiotu zamówienia, podobnie jak wskazywane przez Zamawiającego badania kliniczne, które posiadać miały jedynie produkty marki Fresenius. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł konieczności posiadania takich badań. Zamawiający nie stwierdził, że produkty oferowane przez Odwołującego nie spełniają wymogów SIWZ. Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego produkty oferowane przez Odwołującego mogą nie być kompatybilne z urządzeniami marki Fresenius. Jednakże Zamawiający nie poparł tego twierdzenia żadnymi dowodami. Podniesiona okoliczność wystąpienia błędów w aparaturze, gdy stosowane były płyny różnych producentów – przy czym nie były to produkty Odwołującego – niczego nie dowodzi, w szczególności, iż przyczyny wystąpienia tych błędów – jak sam przyznał Zamawiający –

nie są jeszcze znane. Zamawiający nie przedłożył też chociażby oświadczenia producenta urządzeń – firmy Fresenius, iż płyny innych producentów będą niekompatybilne z jego urządzeniami. Należy zauważyć, iż złożenie takiego oświadczenia leżałoby w interesie wykonawcy Fresenius, potwierdzałoby bowiem konieczność zakupu jego produktów. Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż Zamawiający nie wykazał konieczności zakupu wszystkich produktów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia od jednego producenta.

W tej sytuacji potwierdzenie znajduje zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający – co sam przyznał – sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający ubiegać się o uzyskanie zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co – jak wykazał Odwołujący – było nieuzasadnione w realiach niniejszej sprawy. Wadliwość sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia polegała na zaniechaniu podzielenia zamówienia na części, w dodatku wbrew dotychczasowej praktyce, a Zamawiający nie wykazał, aby odstępnie od tej praktyki było w przedmiotowym postępowaniu uzasadnione. Jak zasadnie podniósł Odwołujący, podział zamówienia na części powinien stanowić zasadę, od której Zamawiający może odstąpić w uzasadnionych przypadkach.

Należy również odnieść się do argumentu Zamawiającego, iż podział zamówienia nie wpłynie na sytuację małych i średnich przedsiębiorstw, gdyż żaden z wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia nie mieści się w tej kategorii. W ocenie Izby okoliczność ta pozostaje bez wpływu na stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż zasada ta ma chronić wszystkich uczestników obrotu, nie zaś jedynie małe i średnie przedsiębiorstwa. Sytuacja, w której Zamawiający umacnia rynkową pozycję jednego przedsiębiorcy, kształtując opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że tylko ten przedsiębiorca będzie mógł złożyć ofertę, zakłóca uczciwą konkurencję oraz może w efekcie wyeliminować innych producentów z rynku. Również możliwość uzyskania niższej ceny – jakkolwiek należy zaznaczyć, iż Zamawiający w tym zakresie oparł się na informacjach od jedynie dwóch wykonawców, z pominięciem Odwołującego, który z kolei wskazywał na odmienne okoliczności – nie może uzasadniać sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, w sposób który w tak jaskrawy sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując, Izba uznała, iż ww. działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez podział zamówienia na części polegający na wydzieleniu do osobnej części elementów zamówienia wskazanych w pozycji 2 i 3 załącznika nr 2 do SIWZ.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....