

Sygn. akt KIO/UZP 1835/09

**WYROK**

**z dnia 25 stycznia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Luiza Łamejko**

**Członkowie:** **Sylwester Kuchnio**

**Izabela Kuciak**

**Protokolant:** **Renata Łuba**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Medilab Firma Wytwórczo-Usługowa Sp. z o.o., 15-531 Białystok, ul. Niedźwiedzia 60** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, 64-700 Czarnków, ul. Kościuszki 96** protestu z dnia 23 listopada 2009r.

przy udziale **wykonawcy Getinge Poland Sp. z o.o., 02-387 Warszawa, ul. Lirowa 27** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, 64-700 Czarnków, ul. Kościuszki 96** 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 **wykonawcę Medilab Firma Wytwórczo-Uslugowa Sp. z o.o., 15-531 Białystok, ul. Niedźwiedzia 60,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, 64-700 Czarnków, ul. Kościuszki 96** na rzecz **wykonawcy Medilab Firma Wytwórczo-Uslugowa Sp. z o.o., 15-531 Białystok, ul. Niedźwiedzia 60,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Medilab Firma Wytwórczo-Uslugowa Sp. z o.o., 15-531 Białystok, ul. Niedźwiedzia 60.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sterylizatorów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 października 2009 r. pod pozycją 366036-2009.

W dniu 17 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Medilab Firma Wytwórczo-Uslugowa Sp. z o.o. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający stwierdził, że ww. wykonawca nie wykazał realizacji dostawy tożsamej pod względem wartości ze złożoną ofertą, czego wymagał Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i w pkt 5.3.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Z ww. decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Medilab Firma Wytwórczo-Uslugowa Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty nie znajduje uzasadnienia w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz przepisów ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że dopiero na etapie oceny ofert Zamawiający sprecyzował co rozumie pod pojęciem dostaw tożsamych pod względem wartości. Wskazał na treść odpowiedzi Zamawiającego z dnia 27 października 2009 r. na pytanie nr 22, gdzie Zamawiający zdefiniował dostawę tożsamą pod względem asortymentu i wartości z przedmiotem zamówienia. Odwołujący oświadczył, że jego oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wobec oceny, że dany wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający Zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów ze skutkiem wykluczenia z postępowania w sytuacji zaniechania złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków.

W opinii Odwołującego, odnoszenie wartości dostawy do wartości złożonej oferty nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp oraz w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powyższe nie jest zasadne również ze względu na zakres przedmiotu zamówienia w Pakiecie I, którego przedmiotem jest dostawa dwóch sterylizatorów i jednej myjni dezynfektora, podczas gdy Zamawiający przez dostawę

tożsamą rozumie dostawę sterylizatora lub myjni nie utożsamiając jej z przedmiotem zamówienia. Co za tym idzie, odnoszenie wartości dostawy myjni dezynfektora do wartości złożonej oferty jest nieadekwatne i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie protestu,
- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w Pakiecie I oferty złożonej przez Getinge Poland Sp. z o.o.,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert,
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie I.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

Odwołujący w dniu 9 grudnia 2009 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w Pakiecie I oferty wykonawcy Getinge Poland Sp. z o.o.,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- dokonania powtórnego badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej w Pakiecie I oferty Odwołującego.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, jako wykonawca, który zaoferował najniższą cenę za realizację zamówienia posiada interes prawny w obronie złożonej oferty.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący oceny przez Zamawiającego spełniania warunku doświadczenia przez Odwołującego. Izba ustaliła, że formułując warunek doświadczenia dla ubiegających się o zamówienie w Pakiecie I Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się zrealizowaniem 1 dostawy wykonanej prawidłowo zaznaczając, że dostawa ta ma być tożsama pod względem asortymentu i wartości (pkt 5.3. Specyfikacji). Na skutek pytań wykonawców Zamawiający doprecyzował przedmiotowy warunek stwierdzając w odpowiedzi na pytanie nr 22 z dnia 27 października 2009 r., że dostawa tożsama pod względem asortymentu jak i wartości dla Pakietu I to dostawa sterylizatora wysokotemperaturowego lub myjni dezynfektora. Z kolei w odpowiedzi na pytania nr 57 i 58 określił, że wymogiem dla Pakietu I jest dostawa tożsama pod względem asortymentu jak i wartości, czyli dostawa sterylizatora wysokotemperaturowego lub myjni dezynfektora o wartości zbliżonej do składanej oferty.

W ocenie Izby, odniesienie warunku zamówienia do wartości składanej w danym postępowaniu oferty jest niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zatem nie może, mimo braku protestu na czynność sformułowania warunku udziału w postępowaniu, znaleźć ochrony prawnej. Warunki udziału w postępowaniu muszą być równe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co nie ma miejsca wobec oczywistej konkurencji cenowej pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę, że wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków nieuprawnionego działania Zamawiającego, Izba stwierdziła, że oceniając spełnianie przez wykonawcę warunku doświadczenia dla Pakietu I należy odnosić się wyłącznie do zakresu przedmiotowego wykonanych zadań. Tym samym, za spełniony przez Odwołującego należy uznać sporny warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący w złożonym wykazie dostaw zrealizowanych (strona 26 oferty) wskazał na sześć zrealizowanych dostaw myjni dezynfektora. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty również nie kwestionował zrealizowanych zamówień pod kątem asortymentu.

Jednocześnie Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego w zakresie nieprawidłowości dokonanego odrzucenia oferty na podstawie niezgodności z treścią

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pomijając stwierdzone powyżej spełnianie warunku doświadczenia przez Odwołującego należy wskazać, że skutkiem nie wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a co za tym idzie, odrzucenie jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, który nie złożył oświadczeń lub dokumentów, lub który złożył wymagane oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia. Ustawodawca nie pozostawia zamawiającemu wyboru w tym zakresie.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten zawiera katalog informacji, jakie powinny zostać zamieszczone w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający opisał w Specyfikacji warunki udziału w postępowaniu, opisał też sposób ich spełniania. Dla oceny zarzutu naruszenia przedmiotowego przepisu nie ma znaczenia okoliczność, że warunek doświadczenia został uznany przez Izbę za niezgodny z naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych tj. z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podobnie, Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że Zamawiający przekazał informację o ofertach odrzuconych wskazując na podstawę prawną, jak również podając uzasadnienie faktyczne swojej decyzji.

Mając na uwadze, że znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....