

Sygn. akt: KIO 1077/18

WYROK
z dnia 14 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2018 r. przez **Wykonawcę - Linde Gaz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie, ul. Prof. Michała Życzkowskiego 17 (31-864 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie** ul. Wielicka 265 (30-663 Kraków)

przy udziale

Wykonawcy – Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Jasnogórska 9 (31-358 Kraków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z/s w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie na *dostawę gazów technicznych, gazów medycznych wraz z dzierżawą urządzeń do podaży tlenu azotu oraz zbiorników na tlen ciekły* (nr sprawy: EZP-271-2-34/2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 maja 2018 r., 2018/S 095-215335, wobec opisu warunków jakie ma spełniać urządzenie do podaży tlenu azotu, stanowiące przedmiot dzierżawy, Wykonawca Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł w dniu 29 maja 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1077/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3 Ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia poprzez opis w sposób charakteryzujący produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co doprowadza do uprzywilejowania, a nawet wyeliminowania Odwołującego, a nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz poprzez usunięcie z ich treści w części dotyczącej warunków, jakie ma spełniać będące przedmiotem dzierżawy urządzenie do podaży tlenu azotu wymogów – zawartych w załączniku nr 3/2 do siwz (Parametry Techniczne i Funkcjonalno-Użytkowe urządzeń do podaży tlenu azotu – Grupa I).

Odwołujący zakwestionował opis przedmiotu zamówienia zbieżny z zapisami instrukcji urządzenia oferowanego przez Air Liquide Polska Sp. z o.o., składając jako dowód instrukcję urządzenia EZ-KINOX. Wprowadzenie tych zapisów nie jest uzasadnione ani specyfiką wykorzystania urządzenia, ani cechami charakterystycznymi terapii w ramach, której urządzenie to ma być użyte. Odwołujący jest dostawcą urządzenia pozwalającego na terapię stosującą podaż tlenu azotu. Urządzenia oferowane przez Odwołującego są stosowane w wielu polskich szpitalach i nigdy nie zgłoszono zastrzeżeń co do bezpieczeństwa, skuteczności terapeutycznej, czy też dopuszczalności zastosowania tych urządzeń. Na tą okoliczność złożył dowody w postaci umów zawartych ze szpitalami w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Wymogi stawiane urządzeniu do podaży tlenu azotu odnoszą się do produktu oferowanego przez jednego dostawcę, a zatem tworzą sytuację ograniczonej dostępności na rynku produktów mogących być przedmiotem oferty w postępowaniu. Odwołujący traktuje jako dyskryminujące zawarte w treści załącznika nr 3/2 do siwz wymogi – *Parametry Techniczne i Funkcjonalno-Użytkowe Urządzeń do podaży tlenu azotu – Grupa I*, gdyż na przykład

urządzenie znajdujące się w ofercie Odwołującego pozwala na takie samo wykorzystanie go w terapii, a wprowadzone przez Zamawiającego zapisy w sposób nieuzasadniony eliminują Odwołującego z grona podmiotów mogących złożyć ofertę.

Do postępowania odwoławczego w terminie 4.06.2018 r. przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Air Liquide Polska Sp. z o.o.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba dopuściła przystępującego Wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Nie zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najważniejszych, z punktu widzenia możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, czynności w postępowaniu. Każdy wykonawca potencjalnie działający na rynku przedmiotowych dostaw i usług może być zainteresowany złożeniem oferty, co powinno odbywać się w warunkach uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Na etapie poprzedzającym złożenie ofert oczywistym jest, iż każdy wykonawca może być zainteresowany doprowadzeniem do ustalenia wymagań, jakie będzie mógł spełnić oferując przedmiot zamówienia odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego. Dotyczy to zarówno kwestii podmiotowych jak i przedmiotowych, które decydować będą o powodzeniu złożonej oferty, czy też samej możliwości jej złożenia. Okoliczności sprawy wskazywały zatem, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że czynności i zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, mogły naruszać jego interes w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych w postępowaniu wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania, prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury otwartej dla zamówienia sektorowego o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa gazów technicznych, gazów medycznych wraz z dzierżawą urządzeń do podaży tlenu azotu oraz zbiorników na tlen ciekły. Zamówienie podzielone zostało na 3 części: Grupa I – dostawa tlenu azotu wraz z dzierżawą urządzeń do podaży; Grupa II – dostawa gazów medycznych wraz z dzierżawą zbiorników na tlen ciekły; Grupa III – dostawa gazów technicznych. Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, zawiera załącznik nr 3/2 – Wymagania Techniczne i Funkcjonalno-Użytkowe Urządzeń. W załączniku tym Zamawiający określił parametry oczekiwane/wymagane w stosunku do każdej z grup urządzeń, stanowiących przedmiot zamówienia. W grupie I – Medyczny tlenek azotu wraz z dzierżawą urządzeń do podaży Zamawiający opisał parametry dla trzech rodzajów urządzeń: mobilne urządzenie do podaży tlenu azotu, urządzenie główne do podaży tlenu azotu (dwa urządzenia).

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Dokonując rozstrzygnięcia Izba związana była zakresem zarzutu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Ustawy *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 3 *odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.* Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć zasadniczy dla niniejszej sprawy wniosek dotyczący kognicji Izby. Granice rozpoznania sprawy przez KIO, zostają ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, którymi w niniejszej sprawie są parametry określone w załączniku 3/2 do siwz. W orzecznictwie KIO, znajdującym akceptację sądów powszechnych przyjęto, iż kluczowe znaczenie dla ustalenia zakresu zarzutów ma podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę czynności zamawiającego, kwestionowanych w ramach odwołania Cytując za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r, sygn. X Ga 110/09, „O

tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej”.

Przenosząc powyższe wywody na grunt niniejszej sprawy Izba uznała, iż odwołanie w ogóle nie zawiera uzasadnienia faktycznego pozwalającego określić granice zarzutu. Odwołujący w odwołaniu faktycznie ograniczył się do przedstawienia uzasadnienia prawnego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3 Ustawy, pomijając całkowicie okoliczności faktyczne, z jakich wywodzony był zarzut naruszenia przepisów Ustawy. Należy zauważyć, iż podstawą zarzutu miały być wymagania Zamawiającego opisane w załączniku nr 3/2 do siwz, dotyczące parametrów urządzeń, określających przedmiot zamówienia. Odwołujący poza wskazaniem na ten dokument nie odniósł się do jego treści. Dopiero na rozprawie odniósł się do wybranych parametrów dotyczących urządzeń do podaży tlenu prezentując dalszą argumentację mającą uzasadniać twierdzenie o braku uzasadnienia klinicznego dla dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Należy również zauważyć, iż w odwołaniu brak jest precyzji w określeniu urządzeń, których opis ma prowadzić do ograniczenia konkurencji. Odwołujący wprawdzie dołączył jako załącznik do odwołania instrukcje urządzenia EZ-KINOX, na podstawie której Zamawiający miał opisać przedmiot zamówienia, to nie odniósł się w żaden sposób do parametrów, mających uzasadniać ten wniosek. Na rozprawie natomiast ustalono, iż urządzenie to nie wyczerpuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia ujętego w Grupie I (nie jest urządzeniem mobilnym do podaży tlenu azotu). Ponadto, dookreślone na rozprawie wymagania dla urządzenia nr II – opisane w pkt 5.3, 5.5, 5.7 i 5.8, również nie wyczerpywały pełnej listy parametrów wymaganych. Powyższe potwierdza zatem wniosek, iż odwołanie nie pozwalało ustalić, jakie zapisy załącznika nr 3/2 do siwz wskazywać mają na konkretny produkt. Taka ocena powinna być możliwa do przeprowadzenia na podstawie okoliczności podniesionych w odwołaniu, a nie dopiero prezentowanych na rozprawie, co praktycznie prowadziło do ustalenia podstawy faktycznej zarzutu. Odwołujący w odwołaniu w sposób ogólny odniósł się do urządzeń do podaży tlenu azotu ujętych w jednej grupie, co bez odniesienia się do konkretnych zapisów siwz określających wymagania, uniemożliwiało dokonania oceny czynności Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący na rozprawie prezentował argumentację wykraczającą poza opis zachowania mającego naruszać przepisy Ustawy, tj. wskazując na brak precyzji przy opisie przedmiotu zamówienia. Argumentacja dotyczące tej tezy również nie mieściła się w granicach zarzutu, który dotyczył określenia parametrów wskazujących na konkretne urządzenie.

Konsekwencją takiej konstrukcji zarzutu było uznanie odwołania za bezzasadnego.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: