

**Sygn. akt: KIO 944/15**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 21 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 20 maja 2015r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2015 r. **przez odwołującego:** SKAMEX spółką z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. ul. Częstochowska 38/52; 93-121 Łódź w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie ul. Staszica 16; 20-081 Lublin

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego:** SKAMEX spółką z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. ul. Częstochowska 38/52; 93-121 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Pismem z dnia 7 maja 2015r. odwołujący SKAMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą ul. Częstochowska 38/52; 93 -121 Łódź zwany dalej „odwołujący skamex” w dniu 08.05.2015 roku wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie z siedzibą ul. Staszica 16; 20-081 Lublin zwany dalej „zamawiający szpital”, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu podstawowego jednorazowego i wielorazowego użytku w zakresie zadania nr 10, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący skamex we wniesionym odwołaniu podniósł zarzut naruszenia art.93 ust.1 pkt 7 w związku z art.7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013r poz.907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa Pzp” to jest przez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zadaniu nr 10 i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący skamex zażądał uwzględnienia odwołania, wezwania na podstawie art.248 § 1 k.p.c. dokumentacji postępowań o nr EO/EZ-2722/XIX - 1/13 (umowa z dnia 30 września 2013roku) oraz EO/EZ-2722/VI-3/11(umowa z dnia 4 lipca 2011r) z uwagi na to, że odwołujący nie dysponuje tymi dokumentami wnosi o zobowiązanie zamawiającego szpital do przedstawienia dokumentacji tych postępowań – na okoliczność wykazania, że wskazane przez zamawiającego szpital powody unieważnienia postępowania są fikcyjne, ponieważ na podstawie tak samo skonstruowanych kryteriów dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie podpisywał umowy i realizował zamówienia.

Odwołujący również zażądał unieważnienia postępowania w zadaniu nr 10. Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 10 oraz nakazanie uznania, że w zakresie zadania nr 10 najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący skamex.

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2014/S 227 – 400703 z dnia 25 listopada 2014roku.

Informacje o unieważnieniu postępowania odwołujący skamex otrzymał w dniu 30 kwietnia 2014roku. Stąd odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący skamex wskazał na posiadanie interesu do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ wskutek naruszenia przepisu ustawy przez zamawiającego co do podstaw unieważnienia postępowania, odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia co naraża jego na poniesienie szkody.

Przed czynnością unieważnienia postępowania co uczynił zamawiający jak wyżej wskazano w dniu 30 kwietnia 2015r, odwołujący w dniu 27 marca 2015roku zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 10 żądając unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w tym zadaniu, powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2015roku uwzględnił odwołanie w całości a następnie w dniu 30 kwietnia 2015 roku unieważnił postępowanie w zakresie zadania nr 10 stwierdzając rzekomo niejasny system kryteriów oceny ofert jako podławe prawną wskazując art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący przywołuje okoliczność zadawania pytań z tym zagadnieniem związanych przywołując udzieloną odpowiedź na pytanie w dniu 19 grudnia 2014 roku.

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 10 oczekiwał dostawy: kaniul poliuretanowych bezpiecznych z portem w wyszczególnionych rozmiarach. Zgodnie z punktem XIII 4. SIWZ zamawiający określił, że kaniule dożylnie będą podlegały ocenie jakościowej zgodnie z tabelą str. 13 SIWZ według następujących kryteriów:

1. Ostrość igły 1-10 punktów – im bardziej ostre tym korzystniej (tym więcej punktów, przyznawane proporcjonalnie);
2. Wprowadzenie kaniuli do żyły bez nadmiernego oporu 1 -10 punktów – im łatwiejsze wprowadzenie tym korzystniej (tym więcej punktów, przyznawane proporcjonalnie);
3. Elastyczność skrzydełek mocujących – 1-10 punktów. Im bardziej elastyczne tym korzystniej (tym więcej punktów, przyznawane proporcjonalnie);
4. Opublikowane badania kliniczne lub laboratoryjne potwierdzające biokompatybilność materiału (z którego są wykonane kaniule) z tkanką - 0 punktów brak badań 10 – punktów tak przyznanie punktów wymaga dołączenia do oferty wyników badań i wskazanie miejsca ich publikacji;
5. Skuteczność działania systemu zabezpieczającego przed zakłuciem - 1 -10 punktów Im skuteczniejszy system tym korzystniej (tym więcej punktów, przyznawane proporcjonalnie).

Przy czym udzielając odpowiedzi na pytanie w dniu 19 grudnia 2015roku na pytanie nr 114 zamawiający doprecyzował, że wskazanie miejsca publikacji odnosi się tylko do badań

klinicznych. Analizując postanowienia SIWZ wraz z zacytowanymi wyjaśnieniami na pytanie zasadnym jest przyjęcie, że zamawiający wymagał dostarczenia kaniul dożylnych wraz z dołączonymi do oferty opublikowanymi badaniami klinicznymi lub laboratoryjnymi potwierdzającymi biokompatybilność materiału, z którego są wykonane kaniule z tkanką.

Odwołujący podnosi, że po 19 grudnia 2014r. wykonawcy nie zgłaszali pytań a zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert z tymże wyboru wykonawcy, którego w oparciu o te kryteria zakwestionowano.

Odwołujący wskazuje, że zamawiający dokonywał wyboru wykonawców na podstawie identycznych kryteriów od kilku lat, z przywołaniem wymienionej we wstępie dokumentacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Powyżej powołane dowody w ocenie odwołującego skamex wskazują na okoliczność fikcyjności przyczyn unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Jednocześnie odwołujący przedstawia ocenę prawną podstawy unieważnienia postępowania to jest wskazany w czynności zamawiającego unieważnienia postępowania z przywołanym art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art.146 ust.1 i ust.6 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że nie każda przyczyna niezgodności z prawem tylko taka, która ma charakter nieusuwalny czyli do nienaprawienia oraz taksatywnie wyliczone okoliczności w ust.1 art.146 ustawy Pzp jak również takie okoliczności, które miały lub mają wpływ na wynik postępowania (art.146 ust.6 ustawy Pzp.).

Odwołujący przywołał szereg orzeczeń KIO w przedmiocie unieważnień postępowań z których wynika, że jeżeli okoliczność unieważnienia postępowania nie kwalifikuje się do przyczyn wymienionych w art.146 ust.1 punkty od 1 do 6 to podstawę unieważnienia postępowania mogą stanowić okoliczności naruszenia przepisów ustawy, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie odwołującego takie okoliczności w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły w związku z powyższym unieważnienie postępowania jest dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi i wywodzi jak we wstępie odwołania.

Pismem z dnia 11 maja 2015 roku na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający udzielił następujących wyjaśnień w sprawie.

Wartość przedmiotu zamówienia ustalono na kwotę 1.511.228,70 złotych co stanowi równowartość 357.695,73 euro a tym samym przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp. Termin przesłania informacji stanowiącej

podstawę wniesienia odwołania ustalono na dzień 30 kwietnia 2015r. Czyli wniesione odwołanie w dniu 8 maja 2015r. nastąpiło w terminie przewidzianym w art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopię odwołania wraz z pismem informującym o wniesieniu odwołania jednocześnie wzywającym wykonawcę do przystąpienia do postępowania odwoławczego przelano wykonawcy w dniu 11 maja 2015r. faksem a następnie w formie pisemnej.

Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 10 to jest dotyczy: Kaniuli. Zamawiający łącznie wyodrębnił w tym postępowaniu 31 zadań.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wydano dwa postanowienia KIO: Postanowienie z dnia 7 kwietnia 2015 roku w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 615/15 w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu na zadanie nr 7 oraz Postanowienie z dnia 9 kwietnia 2015 roku w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 605/15 w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu na zadanie nr 10.

Z kolei w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym pismem z dnia 20 maja 2015 roku, wniesionym za pośrednictwem faksu, zamawiający oświadczył, że (...)”uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w w/w odwołaniach. Zamawiający po umorzeniu postępowań powtórzy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Niniejsze oświadczenie zoczone przez Dyrektora zamawiającego zostało złożone do sprawy oznaczonej Sygn. akt KIO 944/15 czyli do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Do dnia złożenia oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania to jest do dnia 20 maja 2015 roku, drugi wykonawca w zadaniu nr 10 nie złożył wniosku w sprawie przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego a z informacji przesłanej przez zamawiającego wynika, że wezwanie do przystąpienia na zadanie nr 10 skierowano do wykonawcy J. S. FULL-MED ul. Nowy Świat 25/9: 20- 148 Lublin w dniu 11 maja 2015 roku na faks podany w ofercie tego wykonawcy (9814441221). Powyższe ustalono na podstawie akt przekazanych przez zamawiającego: karta 85 (wezwanie do udziału wraz z kopią odwołania) oraz karta 89 (protokół z postępowania o udzielenie zamówienia sporządzony przez zamawiającego). Tym samym 3 dniowy termin wynikający z art.185 ust.2 ustawy Pzp. na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął bezskutecznie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art.186 ust.3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 z zastrzeżeniem art.186 ust.6 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp i § 5 ust.1 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) znosząc koszty wzajemnie i dokonując zwrotu odwołującemu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 złotych.

**Przewodniczący:** .....