

Sygn. akt: KIO/UZP 648/10

**WYROK**  
**z dnia 4 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska - Romek

**Członkowie:** Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 29 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., 87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, 44-200 Rybnik, ul. Energetyków 46** protestu z dnia 23 marca 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Paul Hartmann Polska Sp. z o.o., ul. Partyzancka 133/151, 95-200 Pabianice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczanego przez **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., 87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8484 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., 87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26** na rzecz **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, 44-200 Rybnik, ul. Energetyków 46** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie oraz wpisu od odwołania.
  
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., 87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa materiałów opatrunkowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE nr 2009/S 92-132494 z dnia 14.05.2009 roku.

Odwołujący – Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. wniósł protest a następnie odwołanie na czynność zamawiającego z dnia 17.03.2010 roku polegającą na bezzasadnym unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 2.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie tych czynności oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający unieważniając postępowanie nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2009 roku KIO/UZP 1312/09 i dokonał czynności sprzecznej z tym wyrokiem. W jego ocenie wyrokiem tym KIO nie nakazała unieważnić postępowania, lecz nakazała dokonać ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie odrzucił oferty Paul Hartman Polska Sp. z o.o. mimo, iż w uzasadnieniu wyroku KIO stwierdziła, że podziela stanowisko odwołującego o niespełnieniu wymogu wymiaru serwety (45 cmx45 cm). Przy czym odwołujący wskazał, że bez znaczenia jest fakt, że obowiązek odrzucenia oferty Paul Hartman Polska Sp. z o.o. nie wynika wprost z sentencji wyroku, ale z jego uzasadnienia.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu brak przesłanek unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż przepis ten pozwala unieważnić postępowanie obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy a pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi zaistnieć adekwatny związek przyczynowo – skutkowy, dodatkowo wadą musi być dotknięte samo postępowanie i wada ta musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. ( wyrok KIO z dnia 3.03.2008 roku, KIO/UZP 134/08).

Wskazał także na sprzeczność w argumentacji zamawiającego, który z jednej strony stwierdza, że wada postępowania polega na braku możliwości właściwej oceny ofert (w uzasadnieniu unieważnienia), zaś z drugiej strony stwierdza, że żadna z ofert nie spełnia wymogów specyfikacji, dlatego zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty (w

uzasadnieniu oddalenia protestu). W ocenie odwołującego świadczy to o tym, że zamawiający myli podstawy unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 1 ustawy Pzp.

O braku możliwości właściwej oceny ofert nie może świadczyć okoliczność, że postanowienia siwz nie odzwierciedlają intencji zamawiającego. Postanowienia siwz w niniejszym postępowaniu w części dotyczącej rozmiarów serwet nie odbiegają od przyjętych standardów.

Ponadto odwołujący wskazał, że niedopuszczalne jest twierdzenie, że rzekomo żadna z ofert nie spełnia wymogów siwz w zakresie wymiarów serwet.

Odwołujący wskazał, że w przypadku serwet oferowanych przez Paul Hartman Sp. z o.o. wytwórca wprost deklaruje odstępstwa od wymiaru o ok. 10 %, będące następstwem prania wstępnego, co dyskwalifikuje te serwety i zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 23.10. 2009 roku na stronie 15. W przypadku serwet oferowanych przez odwołującego nie występują odstępstwa od wymiaru wynikające z prania wstępnego, a wytwórca deklaruje rozmiar wyrobu 45 cm x 45 cm z dokładnością do 1 cm. Podniósł, że zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający protest oddalił, wskazując, że zgodnie z sentencją wyroku z dnia 23.10. 2009 roku dokonał ponownej oceny ofert, jednakże okazało się że w świetle ustaleń KIO żadna z przedłożonych ofert nie spełnia wymogów siwz i nie dało się jej uzupełnić przez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego przy tak ustalonych w siwz warunkach i stanowisku KIO zawartym w uzasadnieniu wyroku nakazującym sprawdzenie dołączonych próbek serwet operacyjnych nie jest możliwe wybranie wykonawcy. Żadne próbki dołączone do ofert nie spełniają wymogów dotyczących wymiarów serwet. Niespełnienie warunków siwz wynika z niefortunnego sprecyzowania wymogów siwz i braku określenia zapisów dotyczących tolerancji dla podanych rozmiarów serwet i zapisów dotyczących sposobu weryfikacji próbek, metod pomiarowych. Braki te mogłyby prowadzić do wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy a umowa zawarta w wyniku takiego wyboru byłaby nieważna na mocy art. 146 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 29 ustawy Pzp.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, akt sprawy KIO/UZP 1312/09 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.10.2009 roku o sygn. KIO/UZP 1312/09 a także biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W przedmiotowym postępowaniu, w pakiecie nr 2 złożono dwie oferty: oferta wykonawcy – Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. oraz oferta wykonawcy – Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.

Wyrokiem z dnia 23.10.2009 roku KIO/UZP 1312/09 Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie wniesione przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. przy udziale Paul Hartman Polska Sp. z o.o. – jako przystępującego po stronie zamawiającego, nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę było m.in. naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. z uwagi na niespełnienie wymogu siwz dotyczącego wymiarów serwet operacyjnych.

Pismem z dnia 13.03.2009 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 2, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę w niniejszym postępowaniu jest prawidłowość unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że w wyroku z dnia 23.10.2009 roku KIO/UZP 1312/09 Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrująca odwołanie nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego co do tego, że „o tym, iż wyrób posiada wymiary 45x45 decyduje etykieta handlowa na wyrobie, a nie faktyczny wymiar wyrobu” i uznała, że „twierdzenie Zamawiającego i Przystępującego, że rozstrzygające znaczenie przy ocenie rozmiaru serwet ma etykieta handlowa na wyrobie, a nie rzeczywisty rozmiar próbki (wyrobu) jest nieuprawnione”. Niewątpliwie zatem, w ocenie Izby aby dokonać oceny spełnienia przez zaoferowany wyrób wymaganych parametrów dotyczących wymiaru należy poddać dostarczone próbki wyrobu pomiarom.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że sprawdzenie rzeczywistych parametrów ma być obligatoryjne wyłącznie w sytuacji zakwestionowania któregośkolwiek z nich przez wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu. W ocenie Izby z uzasadnienia wyroku z dnia 23.10.2009 roku wynika, że zamawiający ma obowiązek sprawdzenia rzeczywistych wymiarów obu oferowanych przez wykonawców serwet. Odmienne

stanowisko i dokonanie pomiaru rzeczywistego wyłącznie jednej z oferowanych serwet stałoby w sprzeczności z fundamentalną zasadą postępowania o zamówienie publiczne, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 23.10.2009 roku wynika również wprost obowiązek odrzucenia oferty przystępującego – Paul Hartmann Polska Sp. z o.o.. Nie wchodząc w ocenę materiału dowodowego zebranego w poprzednim postępowaniu odwoławczym, należy stwierdzić, że Izba w konkluzji uzasadnienia wyroku podzieliła stanowisko odwołującego o „niespełnieniu wymogu wymiaru 45x45 cm przez wykonawcę wybranego Paul Hartmann Polska sp. z o.o., co powoduje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wybranej jako oferty, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego”. (strona 17 uzasadnienia wyroku). Zamawiający wykonując wyrok nie może pomijać uzasadnienia orzeczenia i zawartych w nim ustaleń Izby, a zatem okoliczność, że w sentencji orzeczenia brak nakazania odrzucenia oferty odwołującego pozostaje bez wpływu na konieczność dokonania tej czynności przez zamawiającego.

Zamawiający przyznał, że wykonując wyrok Izby nie dokonał odrzucenia oferty odwołującego, bowiem w trakcie ponownego badania i oceny ofert stwierdził zaistnienie nieusuwalnej wady postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania.

Rozpatrując spór, w granicach zarzutów podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu oraz mając na uwadze ustalenia i rozważania Izby dokonane w poprzednim postępowaniu odwoławczym, Izba stwierdza, że podejmując decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w pakiecie nr 2 zamawiający nie naruszył przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, biorąc pod uwagę konkretne okoliczności sprawy (ad casum). Przepis art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, na który powołuje się Zamawiający może mieć zastosowanie jeśli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.

W zaistniałym sporze, wada postępowania polega na braku określenia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia metod, sposobu pomiaru wymiarów serwet chirurgicznych, co w doniosły sposób wpływa na niemożliwość dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad prawa zamówień publicznych. Bez określenia metodologii pomiaru (narzędzi pomiarowych), zamawiający nie ma bowiem możliwości weryfikacji i stwierdzenia czy wymiar serwety, przedstawionej przez przystępującego jest zgodny z określonym przez zamawiającego wymiarem 45x45 cm. Jak stwierdził zamawiający, który próbował dokonać pomiaru serwety chirurgicznej jej wymiar może być

różny w zależności od zastosowanego narzędzia pomiarowego (linijka, miara krawiecka), a różnice w uzyskanych wynikach sięgają nawet 2 cm. Na różnice w uzyskiwanych wynikach wpływa niewątpliwie także rodzaj materiału z jakiego wykonana jest serweta chirurgiczna, jakim jest gaza bawełniana podatna na rozciąganie i kurczenie się.

W zaistniałych okolicznościach sprawy, w sytuacji braku określenia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia metod, sposobu pomiaru wielkości serwet chirurgicznych nie jest możliwe, w ocenie Izby, prawidłowe i rzetelne dokonanie pomiarów przedstawionych próbek produktów i potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących wymaganych wymiarów serwety. Oczywistym jest, że wprowadzenie metodologii pomiaru wymiarów serwet na obecnym etapie postępowania, po otwarciu ofert, nie jest możliwe z uwagi na brzmienie art. 38 ust.4 ustawy Pzp, który dopuszcza zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie przed upływem terminu składania ofert. W konsekwencji Izba stwierdziła, że wada postępowania sprowadza się do etapu przygotowania postępowania o zamówienie publicznego i ma charakter wady nieusuwalnej, wywierającej wpływ na ważność umowy. Ocena ofert i w rezultacie wybór oferty najkorzystniejszej winien być przeprowadzony w oparciu o kryteria i warunki określone wcześniej w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp) z zachowaniem nadrzędnych zasad zamówień publicznych, jakimi są zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji. W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym wybór oferty najkorzystniejszej poprzedzony weryfikacją wymiarów złożonych próbek, przeprowadzoną w oparciu o nieokreślone przez zamawiającego w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia metody pomiaru, prowadziłyby niewątpliwie do wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy, co skutkowałoby nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując, przepis ten określa katalog możliwych rozstrzygnięć wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, jego adresatem jest Izba, która może uwzględniając odwołanie m.in. nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego.

Izba stwierdza również, że zamawiający, co prawda, nie wykonał wyroku Izby z dnia 23.10.2009 roku i nie odrzucił oferty odwołującego, zgodnie z uzasadnieniem wyroku, ale okoliczność ta w świetle uznania za prawidłową czynności unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, pozostaje bez wpływu na rezultat postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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.).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....