

Sygn. akt: KIO 2419/11

POSTANOWIENIE

z dnia 17 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **17 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **9 listopada 2011 r.** przez wykonawcę: **BiaMediTek Sp. z o. o. ul. Składowa 12, 15-399 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu Plac Medyków 1, 41-200 Sosnowiec,**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: BiaMediTek Sp. z o. o. ul. Składowa 12, 15-399 Białystok kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonym 7 maja 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 89-145195, pod nazwą "Utworzenie centrum urazowego na bazie wielospecjalistycznego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu - zakup wyposażenia medycznego z podziałem na zadania," w zakresie części nr 3 na dostawę aparatów do znieczulania, w dniu 9 listopada 2011 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez BiaMediTek Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 8 listopada 2011 r.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 2 listopada 2011 r. za pośrednictwem faksu o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz o unieważnieniu postępowania z braku ofert niepodlegających odrzuceniu na zadanie nr 3.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący uczciwej konkurencji, czego skutkiem jest bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 3,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez bezzasadne odrzucenie oferty, mimo że treść oferty BiaMediTek Sp. z o.o. jest zgodna z treścią SIWZ,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego BiaMediTek Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
4. art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, przez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 3, mimo że w postępowaniu została złożona oferta niepodlegająca odrzuceniu

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 3,

2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty BiaMediTek Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 3,
3. dokonanie ponownego badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty BiaMediTek Sp. z o.o.

Ponadto wnosił o:

1. zażądanie od zamawiającego pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dopuszczenie dowodu z tej dokumentacji,
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwoływającego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący stwierdził, że nie podziela stanowiska zamawiającego, jakoby treść złożonej oferty nie była zgodna z treścią SIWZ, i tym samym zachodziła przesłanka do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający jako faktyczną przyczynę odrzucenia oferty wskazał, iż „aparat Mindray Wato EX 65 oferowany przez odwołującego, wyposażony jest w mechanicznie nastawiane precyzyjne elektroniczne przepływomierze dla tlenu, podtlenku azotu i powietrza. W SIWZ w opisie technicznym przedmiotu zamówienia oczekiwano „elektronicznego mieszalnika gazów lub precyzyjne przepływomierze dla tlenu, podtlenku azotu i powietrza.” Wykonawca w swojej ofercie oświadczył, iż proponuje urządzenie z „elektronicznym mieszalnikiem gazów z precyzyjnymi przepływomierzami dla tlenu, podtlenku azotu i powietrza.” Natomiast w dokumentacji technicznej urządzenia przedstawił „System równoważenia O₂, N₂O TYP - mechaniczne urządzenie sterujące proporcją.”

Odwołujący argumentował, że w załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej opisu technicznego aparatu do znieczulania dzieci i dorosłych w zadaniu nr 3, w pkt. 12 postawiony został warunek, aby zaoferowany sprzęt posiadał elektroniczny mieszalnik gazów lub precyzyjne przepływomierze dla tlenu, podtlenku azotu i powietrza. Odwołujący zaznaczył, że zaoferowany aparat do znieczulania Wato EX-65 wyposażony jest w oba wymagane rozwiązania, spełnia więc oczekiwania zamawiającego w dwójnasób. Posiada bowiem zarówno elektroniczny mieszalnik gazów, jak również precyzyjne, elektroniczne przepływomierze dla tlenu, podtlenku azotu i powietrza.

Elektroniczny mieszalnik gazów - dostępny jest na stałe na ekranie aparatu. Użytkownik ma możliwość wizualnego kontrolowania danych odnośnie mieszania wszystkich gazów (tlen, podtlenek azotu, powietrze) w formie graficznej. Zaznaczał, że jest to rozwiązanie stosowane przez wielu czołowych producentów aparatów np. Draeger, GE, Mindray, a zamawiający nie podał żadnych dodatkowych informacji odnośnie konstrukcji, wyglądu czy parametrów mieszalnika. W zależności od ustawionych przepływów - na ekranie aparatu w postaci elektronicznych wskaźników obrazowany jest aktualny status

mieszaniny stosowanych gazów (lewy dolny róg ekranu - obszar nr 18). Zatem zaoferowany mieszalnik spełnia wszystkie opisane parametry. Przekonywał, że przepływomierze, jako wyposażenie aparatu Wato EX-65 - stanowią precyzyjne, elektroniczne przepływomierze dla tlenu, podtlenu azotu i powietrza. Udostępnione zostały pod ekranem aparatu w postaci trzech, osobnych pokręteł dla tlenu, podtlenu azotu i powietrza. Za pomocą pokręteł użytkownik może precyzyjnie ustawić wymagany przepływ - osobno dla każdego z wymienionych gazów. W celu uzyskania dużej precyzji, ustawione wartości przepływów podawane są w postaci cyfrowej na elektronicznych wyświetlaczach z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający w żaden dodatkowy sposób nie określił jak precyzyjne mają być przepływomierze. Odwołujący wyjaśniał, że obecnie żaden aparat spośród wszystkich oferowanych przez światowych producentów, nie daje większej precyzji w podawaniu gazów - a zatem jest to rozwiązanie, które musi spełniać wymogi zamawiającego odnośnie precyzyjności przepływomierzy.

Odwołujący zaznaczał, że w toku postępowania przetargowego wykazał, iż oferowany przez niego sprzęt spełnia wszystkie opisane przez zamawiającego w SIWZ parametry techniczne. Poza oświadczeniem złożonym przez BiaMediTek Sp. z o.o. w ofercie, zostały dołączone odpowiednie dokumenty, katalogi, zdjęcia oraz foldery, poświadczające spełnianie wszystkich wymogów zawartych w SIWZ. Ponadto na żądanie zamawiającego odwołujący w dniu 14 lipca 2011 r. udzielił dodatkowych wyjaśnień i przekazał dodatkowe materiały katalogowe, potwierdzające stan techniczny oferowanej aparatury na datę składania ofert. W celu weryfikacji parametrów technicznych, opisanych w dokumentach do złożonej oferty, na prośbę zamawiającego - przekazał listę szpitali w Polsce, które pracują na zaoferowanym sprzęcie, tak aby zamawiający miał możliwość zapoznania się z opiniami dotychczasowych użytkowników. W celu rozwiania istniejących jeszcze wątpliwości zamawiającego, w dniu 22 września 2011 r. w jego siedzibie odbyła się prezentacja zaoferowanego sprzętu, w trakcie której zamawiający dokonał weryfikacji wszystkich parametrów technicznych i zdaniem zamawiającego, wykonawca wyraźnie potwierdził spełnienie wymogów, uznając przedstawione rozwiązanie i parametry sprzętu za wystarczające. W uzasadnieniu odrzucenia oferty, w opinii odwołującego, zamawiający w sposób niewłaściwy powołał się na dokumentację techniczną i zawarty w niej zapis: „System równoważenia O₂ N₂O - TYP - Mechaniczne urządzenie sterujące proporcją.” Powyższy zapis dotyczy bowiem zupełnie innego parametru technicznego, zawartego w pkt. 13 załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, części dotyczącej opisu technicznego aparatu do znieczulania dzieci i dorosłych w zadaniu nr 3, który brzmi: „13. System automatycznego utrzymywania stężenia tlenu w mieszaninie oddechowej na poziomie nie niższym niż 25% stężenia tlenu.” Tymczasem zamawiający miał zastrzeżenia do spełnienia parametrów zawartych w cyt. wyżej punkcie 12.

W punkcie 13 zamawiający określił jedynie wymóg posiadania systemu automatycznego utrzymywania stężenia tlenu w mieszaninie oddechowej na poziomie min. 25% (jakkolwiek rodzaj bez określania czy ma być to system elektroniczny lub mechaniczny). Odwołujący zaznaczał, że nie ma to żadnego związku z wymogami zawartymi w punkcie 12, gdzie zamawiający określał rodzaj mieszalnika. System równoważenia O₂ to takie rozwiązanie, które zapewnia stałe stężenie tlenu na poziomie 25% i nie jest to określenie rodzaju mieszalnika. Zaoferowany aparat Wato EX-65 wyposażony jest w system gwarantujący utrzymywanie stężenia tlenu na poziomie min 25% (pkt.13) oraz posiada elektroniczny mieszalnik gazów (pkt. 12), tym samym spełnia wymagania określone w SIWZ.

Reasumując, oświadczył, że zaoferowany przez BiaMediTek Sp. z o.o. aparat do znieczulania dzieci i dorosłych Mindray Wato EX-65 spełnia wszystkie wymagania techniczne, i tym samym jest zgodny z treścią SIWZ. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następstwem powyższego naruszenia było błędne przyjęcie, że w zakresie zadania nr 3 nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co doprowadziło do unieważnienia postępowania w części nr 3 zamówienia i tym samym naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem w przedmiotowym postępowaniu została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, to zamawiający zobligowany był do dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej. Nie dokonując tego naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Konsekwencją naruszeń przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów jest niezachowanie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprzestrzeganie tych zasad znajduje wyraz w bezzasadnym odrzuceniu oferty, która jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w rezultacie unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 3, gdy brak było ku temu przesłanek. Powyższe wskazuje na prowadzenie postępowania przez zamawiającego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2011 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający za pośrednictwem faksu w dniu 16 listopada 2011 r. w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że „uwzględni w całości zarzuty Wykonawcy przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania.”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sposób, o jakim stanowi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do „całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.” W takim przypadku, zgodnie z treścią

przywołanego przepisu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron (...), pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przed rozpoczęciem wyznaczonego posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczonej kwoty wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, inne koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach zaistniałych w niniejszej sprawie - podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

Przewodniczący:

.....