

Sygn. akt: KIO 1490/12

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 27 lipca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „**JKT - Wytwórnia Artykułów Higienicznych**” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Zwycięstwa 17A, 15-703 Białystok i **NETTLE Kancelaria Prawno-Finansowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Ul. Hubska 44, 50-502 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Prof. W. Orłowskiego CMKP 00-416 Warszawa, ul. Czerniakowska 231**

przy udziale **PANEP s.r.o. z siedzibą w Czechach w Rosicach k/Brna, ul. Brněnská 1246** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1490/12 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczanego wpisu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „JKT - Wytwórnia Artykułów Higienicznych” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Zwycięstwa 17A, 15-703 Białystok i NETTLE Kancelaria Prawno-Finansowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Ul. Hubska 44, 50-502 Wrocław 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę bielizny bawełnianej pościelowej i operacyjnej oraz bielizny jednorazowego użytku dla potrzeb szpitala w ciągu 12 mcy - 9 pakietów zostało wszczęte przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Im. Prof. Dr Witolda Orłowskiego z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniakowska 231 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2012r. za numerem 2012/S 53-086382.

W dniu 3 lipca 2012r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania podając m. in., że w zakresie pakietu nr 4 dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy PANEP s.r.o. z siedzibą w Czechach w Rosicach k/Brna, ul. Brněnská 1246.

W dniu 13 lipca 2012r. na wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 4 odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum firm: JKT Wytwórnia Artykułów Higienicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku przy ul. Zwycięstwa 17A i NETTLE Kancelaria Prawno-Finansowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Hubskiej 44 – dalej odwołujący.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez wybór oferty której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez wybór oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 4 zamówienia, nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 4 zamówienia, nakazanie zamawiającemu wyboru oferty złożonej w postępowaniu na pakiet nr 4 przez odwołującego, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania wywołanego odwołaniem.

Ponadto wniósł o dopuszczenie na rozprawie dowodu w postaci złożonych w przedmiotowym postępowaniu próbek, będących integralną częścią oferty firmy PANEP

s.r.o. - na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza, wymagań określonych przez zamawiającego w siwz.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu interes prawny we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy, bowiem złożył w postępowaniu ofertę na pakiet nr 4 zamówienia, w konsekwencji zaś naruszenia przez zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania, pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia w części będącej przedmiotem odwołania, co skutkuje poniesieniem szkody w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że czynność wyboru w zakresie pakietu nr 4 najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, jest wadliwa i winna ulec unieważnieniu.

Oferta uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą, jest według odwołującego, dotknięta następującymi wadami:

I. pakiet 4 pozycja 2 - Sterylny uniwersalny zestaw

W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do siwz) zamawiający wymagał zaoferowania następującego składu zestawu:

1 serweta górna (ekran anestezyjologiczny) o wym.150-160 x 200-210cm wyposażona w taśmę lepłą w środkowej części serwety,

2 serwety boczne o wym 75-80 x 95-100 cm wyposażone w taśmę lepłą na całej długości dłuższego boku

1 serweta dolna o wym 180-190 x 240-250 cm wyposażona w taśmę lepłą

1 kieszonka przylepna 2 x 15 x 30cm(+/-1cm) na ssak i koagulacje

2 ściereczki chłonne o wymiarach 30-40 x 40-30cm

1 serweta na stolik Mayo o wym.78-80cm x 140-145cm wykonana warstwą chłonną i z dużym wywinięciem co ułatwia czyste nakrycie stolika 1 taśma lepna typu rzep 2 x 23 cm(+/-1cm)

1 serweta dodatkowa o wym 75-80 x 90-100 cm 1 kieszonka przylepna jednokomorowa 1 x 30 x 50 cm(+/-1cm)

1 serweta owinięcie o wym 150-160 x 190-200cm, która służy jako przykrycie stolika

Odwołujący dokonując w dniu 28 maja 2012r. oględzin oferty firmy PANAP stwierdził, że w załączonej do oferty próbce nie było dodatkowej serwety o wym 75-80 x 90-100 cm, pomimo wskazania, że wchodzi ona w skład zestawu.

II. pakiet nr 4 pozycja 8 - sterylne obłożenie do urologicznych przezcewkowych zabiegów TUR

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wymagał zaoferowania sterylnego obłożenia do urologicznych przezcewkowych zabiegów TUR bez worka na płyny. Odwołujący dokonując w dniu 28 maja 2012r. oględzin oferty firmy PANAP stwierdził, że w

zaoferowanym i okazanym przez Panep s.r.o. jako próbka wyrobie obłożenie zintegrowane jest trwale z torbą do przechwytywania płynów. Odwołujący podkreślił, że specyfika zabiegów przezcewkowych oraz konstrukcja stołu operacyjnego uniemożliwia właściwą aplikację obłożenia z zintegrowanym workiem (kwestia rozwiązania odprowadzenia płynów ustrojowych).

Z przyczyn opisanych w pkt I i II odwołania oferta złożona przez firmę PANEP s.r.o., zdaniem odwołującego, nie odpowiada wymogom stawianym przez zamawiającego co do przedmiotu zamówienia i jako sprzeczna z treścią siwz winna ulec odrzuceniu.

III. Zgodność przedmiotu zamówienia z ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych

Zamawiający w rozdz. II pkt. 5.3 wymagał, aby przedmiot zamówienia był zgodny z ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2010r.. nr 107, poz. 679 z późn.zm.). W świetle przywołanej przez zamawiającego ustawy zgodnie z art. 58 ust. 3 podmioty (dystrybutor lub importer mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP) wprowadzające na terytorium RP wyroby medyczne są zobowiązane do dokonania powiadomienia o tym fakcie Prezesa Urzędu Wyrobów Medycznych. Firma PANEP nie dokonała powiadomienia żadnego wyrobu medycznego do właściwego organu. Odwołujący zwrócił zamawiającemu uwagę na okoliczność, iż kwestia dopełnienia przez PANEP obowiązków wynikających z ustawy o wyrobach medycznych była przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej, która rozstrzygnięciem z dnia 23 maja 2012 roku w sprawie KIO/979/12 uznała, iż na firmie PANEP spoczywał ewidencyjny obowiązek wynikający z art. 58 ust. 1 i 3 ustawy o wyrobach medycznych polegający na powiadomieniu Prezesa Urzędu rejestracji Produktów Leczniczych (...) o fakcie wprowadzenia wyrobów medycznych do używania. W ocenie KIO ustawodawca regulacjami ustawy o wyrobach medycznych nakłada obowiązek zawiadomienia/powiadomienia o wprowadzeniu na terytorium RP określonych wyrobów medycznych, aby w oparciu o ewidencje wyrobów znajdujących się na rynku polskim ustalić, np. w przypadku incydentu medycznego - podmiot odpowiedzialny za wprowadzenie takiego wyrobu. Jednocześnie KIO wskazał, iż nie jest możliwe na gruncie ustawy o wyrobach medycznych istnienie takiego stanu rzeczy aby w obrocie funkcjonował wyrób medyczny, który nie byłby objęty procedurą zgłoszenia lub powiadomienia, w sytuacji gdy dla danego wyrobu nie było jego zgłoszenia. Jako dowód odwołujący wskazał na swoje pismo z dnia 31.05.2012r. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, wykonanie zamówienia nastąpi przez oddział PANEP w Polsce funkcjonujący w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zdaniem odwołującego świadczy o tym kalkulacja ceny oferty PANEP i zastosowanie w niej 8% stawki podatku VAT. W ocenie odwołującego działania PANEP zmierzają do wyłączenia oddziału PANEP spod jurysdykcji o wyrobach medycznych - w tym

uniknięcia kosztów dokonania powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych o fakcie wprowadzenia wyrobu medycznego do używania na terenie RP. co ma wymierny wpływ na kalkulację ceny oferowanego wyrobu i może stanowić próbę naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r, nr 153 poz. 1503 z późn.zm.). W ocenie odwołującego jeżeli PANEP s.r.o. będzie realizował dostawę przez swój oddział w Polsce, to oddział ten należy traktować jako dystrybutora i wykonawca powinien był wykazać zgłoszeniem wprowadzenia przedmiotu zamówienia do obrotu. Na dowód tego odwołujący załączył kopie dwóch pism skierowanych przez Urząd Rejestracji do Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Wyrobów Medycznych POLMED, odnoszące się w swej treści m.in. do obowiązku dokonywania przedmiotowych powiadomień. Odwołujący uważa, że istnieje ryzyko, iż wykonawca, którego ofertę uznano w pakiecie nr 4 za najkorzystniejszą, a który realizuje dostawy za pośrednictwem swego oddziału w Polsce nie wypełnił wymogów przewidzianych w ustawie z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych, co było jednoznacznie sprecyzowanym wymogiem postawionym w siwz przez zamawiającego. Zamawiający w tym przypadku zaniechał aktów należytej staranności tj. nie zasięgnął opinii właściwych organów.

IV. Błąd w obliczeniu ceny

Zarzut ten został przez odwołującego podniesiony na wypadek, gdyby Izba nie uznała zasadności postawionego w pkt. III zarzutu przyjmując, że firma Panep s.r.o. posiada swoją siedzibę w Republice Czeskiej a jej oddział w Polsce uznany zostanie za oddział zagranicznego przedsiębiorcy nie podlegający przepisom ustawy o wyrobach medycznych. Zgodnie z postanowieniami rozdz. IV ust. 1 i 3 (CENA) siwz przedmiotowego postępowania zamawiający wymagał kalkulacji ceny opartej na definicji DDP (wg INCOTERMS'2000) tj. dostawy do miejsca przeznaczenia (tj. do miejsca wskazanego przez Zamawiającego) zawierającej koszty m.in. podatku VAT . Kwota podatku VAT powinna być obliczona zgodnie z zasadami Ustawy o podatku od towarów i usług z 11.03.2004r. (Dz.U. 04.54.535 z późniejszymi zmianami). Firma PANEP s.r.o. zaoferowała wykonanie zamówienia z ceną netto 224 354,75 zł i z ceną brutto 242 303,13 zł, zawierającą 8% stawkę podatku VAT.

Odwołujący podniósł, że cena realizacji zamówienia publicznego odgrywa wiodącą rolę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Powołał się na art. 2 pkt 1 ustawy oraz na art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach Dz. U. z 2001 r. nr 97 poz. 1050 z późn. zm.) i wskazał, że wykonawca ustalając cenę realizacji zamówienia zobowiązany jest do prawidłowego obliczenia należnego podatku VAT. Podniósł, że w sytuacji, gdy w postępowaniu o zamówienie publiczne biorą udział podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów, nie są zobowiązane do uiszczenia podatku VAT w kraju, oferty sporządzane przez takich wykonawców zawierają cenę z 0% stawką podatku VAT

(wybór takiej oferty skutkuje powstaniem obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów). Powołał się na art. 41 i art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004 r nr 54 poz. 535, ze zm.). Wskazał, że powołane przepisy są implementacją VI dyrektywy Rady UE z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (77/388/EWG). Powyższa regulacja została zastąpiona art. 138 (oraz art. 168-183) Dyrektywy 112. Zatem uznanie danej dostawy za czynność wewnątrzwspólnotową musi być dokonywane na podstawie elementów obiektywnych, takich jak fizyczne przemieszczenie towarów pomiędzy państwami członkowskimi. Zdaniem odwołującego w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje wyboru - jako oferty najkorzystniejszej - oferty dostawcy zagranicznego UE, z tytułu realizacji zobowiązania wynikającego z umowy, na podstawie obowiązujących przepisów podatkowych, zostaje na niego nałożony obowiązek uiszczenia należnego podatku VAT. Biorąc pod uwagę, iż spółka PANEP s.r.o realizowałaby umowę w ramach wewnątrzwspólnotowej dostawy na rzecz zamawiającego obowiązana była dla przedmiotowego zamówienia zaoferować cenę ze stawką „0”% podatku VAT (zgodnie art. art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług), a nie jak to wynika z treści oferty cenę ze stawką 8% podatku VAT. Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Wynika to jednoznacznie z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11). Błąd w tym zakresie nie podlega poprawieniu i skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 lipca 2012r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez członka zarządu lidera ujawnionego w KRS lidera i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie umowy konsorcjum z dnia 5 kwietnia 2012r. oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 maja 2012r. udzielonego mu przez partnera konsorcjum i podpisanego przez członka zarządu partnera ujawnionego w KRS partnera i upoważnionego do jednoosobowej prezentacji partnera. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 13 lipca 2012r. faksem.

W dniu 16 lipca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19 lipca 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła swój udział spółka PANEP s.r.o. z siedzibą w Czechach w Rosice k/Brna, ul. Brněnská 1246. Wskazała, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jej

oferta w ramach pakietu nr 4 została wybrana, a oddalenie odwołania pozwoli jej uzyskać przedmiotowe zamówienie. Wniosła o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 16 lipca 2012r. udzielone przez zarządcę upoważnionego do reprezentacji spółki zgłaszającej przystąpienie, zgodnie z wypisem z Rejestru Handlowego Sądu Wojewódzkiego w Brnie. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem, na dowód czego do zgłoszenia załączono raporty faksowe.

W dniu 23 lipca 2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania. Odpowiedź została podpisana przez kierownika publicznego zakładu opieki zdrowotnej, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do akt sprawy.

W dniu 23 lipca 2012r. Izba wezwała zgłaszającego przystąpienie do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W zakreślonym przez Izbę terminie przystępujący PANEP s.r.o. nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że wykonawca, który przystąpił w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego przystąpił w terminie

wykonawca PANEP s.r.o. Został on wezwany do wniesienia sprzeciwu wobec czynności zamawiającego, jednakże w określonym w wezwaniu terminie takiego sprzeciwu nie zgłosił.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego nie złożył oświadczenia o tym, że wnosi sprzeciw,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący