

Sygn. akt: KIO 268/20

**WYROK**  
z dnia 25 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 roku przez Wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. (ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. (ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce)**

przy udziale Wykonawcy **Bialmed Sp. z o.o. (ul. Kazimierzowska 46/48/35, 02-546 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. (ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź)** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. (ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Odwołującego **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. (ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź)** na rzecz Zamawiającego **Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. (ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa drobnego sprzętu medycznego j.uż, wszczepialnych portów naczyniowych, opasek uciskowych, golarek medycznych dla potrzeb szpitala.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2019 roku pod numerem 2019/S 174-423544.

Odwołujący Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez niezgodne z przepisami ustawy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pakietu 21, art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru wykonawcy spełniającego wymogi SIWZ, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert i uznania że najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

30 stycznia 2020 roku Zamawiający poinformował o dokonaniu czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 21. Zamawiający poinformował, iż czynności tej dokonał na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający stwierdził, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający stwierdził także, że zgodnie z zapisami SIWZ w zakresie pakietu 21 oczekiwał, że: „strzykawki muszą być wkalibrowane w menu użytkowanych pomp strzykawkowych: B.B Braun, Ascor oraz Medima, tłok szczelnie przylegający do korpusu (wysoka szczelność, brak przecieków) płynność jego przesuwu, możliwość szczelnego zakręcenia przedłużacza do pomp (połączenia) wyraźna i trwała podziałka na strzykawce (może być podwójna)(sterylne)”.

W toku postępowania zadano pytanie dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „(...) Oświadczenie musi zawierać w swojej treści informacje dla

Zamawiającego odnośnie ustawień jakich musi dokonać na posiadanych rodzajach pomp (tj. Ascor, IVAC, Medima), w celu właściwego użycia/przetestowania zaoferowanych strzykawk. W dalszej części pisma o unieważnieniu postępowania Zamawiający stwierdził, że dokonał pomyłki w opisie przedmiotu zamówienia: „Udzielając odpowiedzi zamawiający powtórzył za wykonawcą (na zasadzie kopiuj-wklej) sformułowanie: „na posiadanych rodzajach pomp (tj. Ascor, IVAC, Medima)” czym doprowadził nieświadomie do zmiany do opisu przedmiotu zamówienia wyłączając pompy producenta B. Braun, tj. pompy których posiada najwięcej i jednocześnie wprowadził pompy IVAC, których już nie użytkuje. Taka zmiana mogła wprowadzić w błąd potencjalnych wykonawców i być może doprowadziła do faktu, że w pakiecie 21 złożono jedynie 2 oferty.”

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający oparł swoje uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 21 na przypuszczeniach (mogła wprowadzić w błąd), a nie okolicznościach faktycznych skutkujących nieważnością umowy. Zamawiający udzielił wiążącej odpowiedzi do treści SIWZ o typach posiadanych pomp: *”Oświadczenie musi zawierać w swojej treści informacje dla Zamawiającego odnośnie ustawień jakich musi dokonać na posiadanych rodzajach pomp (tj. Ascor, IVAC, Medima), w celu właściwego użycia/przetestowania zaoferowanych strzykawk”*. Odpowiedź Zamawiającego nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że jako okoliczność skutkującą nieważnością umowy Zamawiający wskazał fakt złożenia zaledwie dwóch ofert. Nic więcej w uzasadnieniu nie zawarto.

Dalej Odwołujący wskazał, że firma Bialmed sp. z o.o. zaoferowała w poz. 5 strzykawkę firmy Margomed nr katalogowy 007 111 a w poz. 6 strzykawkę firmy Margomed o numerze katalogowym 007 121. Zgodnie z pierwotnym opisem SIWZ, strzykawki miały być wkalibrowane w menu użytkowanych przez Szpital pomp strzykawkowych firmy BBraun. Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 145 pozostawiła w mocy wymóg wkalibrowania oferowanych strzykawk w pompy BBraun, której nie wymieniono w pytaniu ani odpowiedzi na nie - co oznacza, że w menu pomp BBraun powinien się pokazać komunikat „50 Margomed”, co nie nastąpiło. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w piśmie z dnia 30.01.2020 o unieważnieniu postępowania stwierdził brak strzykawk zaoferowanych przez firmę Bialmed sp. z o.o. (oferta 31) w menu pomp BBraun.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wyłączył z opisu pomp B.Braun, które pozostały w pierwotnym opisie SIWZ. Zamawiający odpowiadając na pytanie 145 rozszerzył krąg potencjalnych wykonawców, bo dopuścił zaoferowanie strzykawk dla których wykonawca dołączy oświadczenie producenta strzykawk o kompatybilności z posiadаныmi przez szpital pompami, a nie tylko strzykawk wkalibrowanych w menu posiadanych przez szpital pomp.

Idąc tym torem myślenia Zamawiającego należałoby uznać, że pierwotny SIWZ jest niemożliwy do spełnienia, co nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie.

Dalej Odwołujący argumentował, że Zamawiający dokonując pozornej czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 21 zaniechał odrzucenia oferty BIALMED, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W piśmie z 30 stycznia 2020 roku Zamawiający stwierdził, że w toku niniejszego postępowania rozpoznał wcześniejsze odwołanie Skamex z dnia 2 stycznia 2020 roku na wybór wykonawcy Bialmed. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Tym samym powinien unieważnić poprzedni wynik postępowania, odrzucić ofertę Bialmed oraz dokonać ponownej oceny ofert.

W ocenie Odwołującego, dla każdego z potencjalnych Wykonawców opis kryteriów oceny ofert, był opisem jasnym i zrozumiałym. W prowadzonym postępowaniu, zostały złożone oferty, a więc żaden z wykonawców, przygotowując ofertę nie miał wątpliwości, jak interpretować postanowienia SIWZ w tym zakresie, jak również to, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej na tak skonstruowany opis kryteriów oceny ofert.

Dla każdego z potencjalnych wykonawców, było więc jasnym, że Zamawiający oczekuje wykazania, po wskazaniu najkorzystniejszej oferty faktu spełnienia przez oferowane produkty oczekiwanych przez Zamawiającego wymogów techniczno - medycznych.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający unieważniając postępowanie, w sposób rażący naruszył przepisy ustawy (w szczególności podstawowe zasady postępowania). Odwołujący powołał się na orzecznictwo TSUE, zgodnie z którym zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez Zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Zamawiający w treści SIWZ wymagał, aby wykonawcy zaoferowali strzykawki, które będą wkalibrowane w menu użytkowanych pomp strzykawkowych: B. Braun, Ascor, Medima.

W trakcie postępowania, jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o dopuszczenie strzykawek kompatybilnych z pompami Ascor, Ivac, Medima, nie wpisanych w menu użytkowanych pomp, ale o kompatybilności potwierdzonej oświadczeniem producenta strzykawek. Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „dopuszcza możliwość zaoferowania strzykawek, dla których Wykonawca posiada Oświadczenie producenta strzykawek o

kompatybilności z posiadanymi przez szpital pompami. Oceny próbek Zamawiający dokona na każdej z 3 posiadanych pomp, na podstawie dostarczonych wraz z ofertą informacji zawartych w Oświadczeniu producenta oferowanych strzykawek. Oświadczenie musi zawierać w swej treści informację dla Zamawiającego odnośnie ustawień, jakich musi dokonać na posiadanych rodzajach pomp (tj. Ascor, Ivac, Medima), w celu właściwego użycia/przetestowania zaoferowanych strzykawek. W przypadku uzyskania zamówienia przez Wykonawcę oferującego strzykawkę nie wpisane w menu danej pompy, koszt kalibracji we wszystkich posiadanych przez szpital pompach (wykonanej przez autoryzowany serwis pomp), poniesie Wykonawca najpóźniej w dniu pierwszej dostawy.”

Z powyższego wynika, że Zamawiający w treści SIWZ zawarł wymaganie dotyczące strzykawek, które powinny być zgodne z wymienionymi pompami B. Braun, Ascor, Medima, a następnie dopuścił możliwość zaoferowania strzykawek, które będą sprawdzone (a zatem i kompatybilne) na - jak wskazał - posiadanych przez szpital pompach Ascor, Ivac, Medima.

Z jednej zatem strony Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali strzykawkę wkalibrowaną w menu pomp Ascor, B. Braun, Medima, z drugiej zaś dopuścił możliwość, aby zaoferowane strzykawkę były kompatybilne (ponieważ zostaną w ten sposób sprawdzone) z pompami Ascor, Ivac, Medima. Powyższe powoduje nie tylko niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i kryterium, ale także możliwość złożenia przez Wykonawców dwóch różnych, nieporównywalnych ofert, z jednej strony możliwe jest zaoferowanie strzykawek wkalibrowanych w menu pomp Ascor, B. Braun, Medima, z drugiej zaś zaoferowanie strzykawek, które wg oświadczenia producenta będą mogły zostać przetestowane, a zatem używane z pompami Ascor, Ivac, Medima.

Nie jest możliwe ustalenie na obecnym etapie, która z wersji wymogów Zamawiającego jest prawidłowa i czy każda powinna być interpretowana na korzyść wykonawców. Uznanie, że każda z wersji wymogów Zamawiającego powinna być interpretowana na korzyść wykonawców doprowadzi do uzyskania różnego przedmiotu zamówienia. Trafnie wskazywał Zamawiający, że w niniejszym postępowaniu powstała sytuacja, w której każdy z wykonawców może interpretować postanowienia SIWZ w dowolny sposób.

W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący w treści odwołania domagał się, aby Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Bialmed sp. z o.o. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Niezgodność miała polegać na tym, że – zdaniem Odwołującego – Zamawiający pozostawił wymaganie, zgodnie z którym zaoferowane strzykawkę, pomimo spełnienia wymagania Zamawiającego, wynikającego z odpowiedzi na pytanie nr 145 (przytoczonego powyżej), powinny mimo wszystko być dodatkowo wkalibrowane w menu pomp B. Braun.

W ocenie Izby, właśnie ten zarzut Odwołującego wskazuje na okoliczność, że postępowanie obarczone jest wadą. Nie jest bowiem wiadomo, nie sposób tego ustalić, czy Zamawiający

pozostawił takie wymaganie, tzn. czy odpowiedź Zamawiającego nie zmieniła pierwotnego wymagania Zamawiającego. I czy nie jest tak, że Zamawiający dopuścił rozwiązanie równoważne. Jednoznaczne stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie wynika z treści SIWZ.

Trafnie zatem wskazał Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 21, że wprowadzona odpowiedzią na pytanie nr 145 zmiana mogła wprowadzić w błąd potencjalnych wykonawców i nie jest wykluczone, że z tego powodu w pakiecie nr 21 złożono jedynie 2 oferty.

Zdaniem Zamawiającego, w postępowaniu doszło do błędu, w którym Zamawiający (kopiując w treści odpowiedzi część pytania wykonawcy) dopuścił strzykawki, które zostaną sprawdzone na pompach, których nie użytkuje. Zamawiający stwierdził, że udzielając odpowiedzi, wyłączył pompy producenta B.Braun, których posiada najwięcej i jednocześnie wprowadził pompy producenta Ivac, których nie użytkuje.

Zamawiający wskazał także, że nie jest możliwe przeprowadzenie oceny na aparacie, którego nie posiada w szpitalu, ani przeprowadzenie na nim testów. Zamawiający w treści odpowiedzi na pytanie wskazał, że posiada pompę IVAC, jednakże w rzeczywistości takiej pompy nie posiada i nie użytkuje. Nawet gdyby przyjąć za prawidłowe stanowisko Odwoływającego, zgodnie z którym Zamawiający ma możliwości wypożyczenia pompy IVAC do przeprowadzenia testów, to trudno uznać za zasadne, aby celem Zamawiającego było przetestowanie i zamówienie strzykawek, których nie będzie używał.

Na skutek błędu, Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wybór wykonawcy może doprowadzić do konieczności zakupu strzykawek, których Zamawiający nie będzie użytkować, gdyż nie dysponuje pompami, do których te strzykawki są przeznaczone.

Powyżej wskazane okoliczności ujawniają, że brak jest możliwości ustalenia jednoznacznej treści SIWZ. Tak Odwoływający, jak i Zamawiający w różny sposób interpretują postanowienia SIWZ. Uprawniona jest zarówno interpretacja Zamawiającego, zgodnie z którą Zamawiający wykluczył strzykawki kompatybilne z pompami, których użytkuje najwięcej (B. Braun) i jednocześnie dopuścił te, których nie użytkuje w ogóle (Ivac), jak i interpretacja, zgodnie z którą Zamawiający dopuścił rozwiązanie równoważne, dopuszczając jednocześnie strzykawki kompatybilne z pompami, których nie posiada i nie użytkuje, jak również interpretacja, zgodnie z którą każda z opcji jest możliwa. Uprawniona jest także interpretacja, jakiej dokonuje Odwoływający.

Zgodnie z artykułem 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Brak możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełnienia wymagań SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia i oceny kryterium stanowi wadę w postępowaniu, która uniemożliwia zawarcie umowy. Na etapie badania i oceny ofert, nie jest możliwe poprawienie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, a zatem wada jest niemożliwa do usunięcia. Jedną z zasad udzielenia zamówienia jest konieczność zapewnienia równości wykonawców, która może być zapewniona przez jednoznaczne i przejrzyste, jednakowe dla wszystkich postanowienia SIWZ, w tym opis kryterium. Sytuacja, w której wykonawcy mogą zaoferować różne zamówienia za różną, nieporównywalną cenę, prowadzi do rozbieżności i braku równości wykonawców w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Bialmed sp. z o.o. należy wskazać, że jest on przedwczesny, z uwagi na okoliczność, że Zamawiający nie przekazał Wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu nr 21. Unieważnienie postępowania nastąpiło na etapie poprzedzającym dokonanie oceny ofert, gdyż jak twierdził Zamawiający, porównanie ofert w zakresie tego pakietu w kryterium oceny jakości stało się niemożliwe.

Nie jest tak, jak wskazuje Odwołujący, że Zamawiający dokonał oceny oferty Wykonawcy Bialmed sp. z o.o. i uznał, że nie spełnia ona wymagań SIWZ. Zamawiający nie skierował do wykonawców takiej informacji. Na chwilę wniesienia odwołania, stanowisko Zamawiającego co do oceny oferty Wykonawcy Bialmed sp. z o.o. nie zostało wykonawcom przekazane.

Bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że Zamawiający uwzględnił wcześniejsze odwołanie wniesione przez Odwołującego. Zamawiający do chwili przedstawienia ostatecznej decyzji o wyniku postępowania miał prawo dokonać weryfikacji własnych czynności, jak również weryfikacji złożonych ofert, czy też prawidłowości przeprowadzenia postępowania.

W konsekwencji należało uznać za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru wykonawcy spełniającego wymagania SIWZ. Zamawiający nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Dokonał czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 21, a tym samym nie można uznać powyższego zarzutu za zasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....