

Sygn. akt KIO/UZP 916/09

WYROK
z dnia 27 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Ewa Jankowska

Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Medline**” Sp. z o. o., **65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** protestu z dnia **16 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża „Medline” Sp. z o. o., 65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**Medline**” Sp. z o. o., **65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Medline**” **Sp. z o. o., 65-410 Zielona Góra, ul. Fabryczna 17**

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

POSTĘPOWANIE

Zamawiający, Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych (nr sprawy 7/2009).

CZYNNOŚĆ ZAMAWIAJĄCEGO

W dniu 12.06.2009 r. zamawiający wezwał MEDLINE Sp. z o.o. z Zielonej Góry, składającego ofertę w częściach 14 i 29 postępowania, do uzupełnienia referencji odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, pod rygorem wykluczenia z postępowania i ewentualnego zatrzymania wadium. W uzasadnieniu wezwania wskazano tylko, iż zgodnie z rozdziałem VI pkt 1 ppkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „siwz”) w celu w potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę oraz doświadczenie, potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do oferty należy dołączyć wykaz wykonywanych w okresie nie dłuższym niż 2 lata dostaw odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 6). Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych dostaw.

PROTEST

W dniu 16.06.2009 r. MEDLINE Sp. z o.o. wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego.

W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz zażądano uznania, iż przedstawione przez protestującego wraz z ofertą dokumenty, potwierdzające należytą staranność wykonanych dostaw, wymienionych w załączonym do oferty wykazie dostaw, spełniają wymagania określone w SIWZ, a tym samym, iż protestujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania niezbędnego doświadczenia w wykonywaniu dostaw odpowiadających rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.

W uzasadnieniu protestu podniesiono:

„UZASADNIENIE

1. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział V specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w obu postępowaniach Zamawiający nie sformułował żadnego szczegółowego warunku udziału w postępowaniu, poprzestając jedynie na warunkach wynikających z art. 22 ustawy Pzp.

Protestujący zauważa, iż stosownie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 08 lutego 2008 r. „nieprawidłowe jest działanie Zamawiającego polegające na wskazaniu wymogu złożenia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku bez postawienia szczegółowego warunku udziału w postępowaniu.” (sygn. akt: KIO/UZP 36/08).

2. W rozdziale VI obu SIWZ Zamawiający określił, iż cyt.: "w celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę oraz doświadczenie, potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do oferty należy dołączyć wykaz wykonywanych w okresie nie dłuższym niż 2 lata dostaw odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 6). Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych dostaw."

Wobec braku określenia przez Zamawiającego minimalnej liczby dostaw, których wykonaniem z należytą starannością powinni się wykazać wykonawcy, w pełni uzasadniony jest wniosek, iż Zamawiający wymagał wykazaniem się co najmniej jedną dostawą.

Protestujący zauważa, iż zastrzeżenie przez Zamawiającego dwuletniego okresu dla wykazania się doświadczeniem przez wykonawców jest sprzeczne z §1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późno zrn.), który przewiduje okres 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Co więcej, sprzeczne z tym przepisem jest również pominięcie przez Zamawiającego klauzuli pozwalającej wykonawcom, którzy prowadzą działalność krócej niż 3 lata, na wykazanie się dostawami za ten okres, jak też pominięcie wskazanych w wlv przepisie granic czasowych (3 lata przed dniem wszczęcia postępowania).

3. W postępowaniu 7/2009 Zamawiający określił przedmiot zamówienia następująco (rozdział III, pkt. 1):

"Przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych, CPV 33651000-8, 33631600-8, 33614000-7, 33711500-2, 33711510-5, 33631000-2, 33631100-3, 33691300-3, 33741000-6, 33190000-8, 33141620-2, 33651100-9, 33711500-2."

Natomiast w postępowaniu 9/2009 Zamawiający określił przedmiot zamówienia w następujący sposób (rozdział III, pkt. 1): "Przedmiotem zamówienia jest dostawa produkty lecznicze i materiały medyczne, CPV 33631600-8, 33711500-2, 33711510-5, 33631000-2, 33631100-3, 33691300-3, 33741000-6, 33190000-8, 33631600-8, 33141620-2."

W obu postępowaniach Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych ("Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych (częścią zamówienia jest każda pojedyncza pozycja zamówienia, zadanie)", natomiast szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarł w załączniku nr 4 do SIWZ, określając w nim przedmiot zamówienia w każdej części oraz wymagane wadium.

4. Nie ulega wątpliwości, że jedynym, spośród wskazanych przez Zamawiającego, kodem CPV odpowiadającym przedmiotowi zamówienia określonego przez Zamawiającego w obu postępowaniach jako "torba do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego", jest kod 33141620-2 -zestawy medyczne (zgodnie z rozporządzeniem Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV).

5. W postępowaniu 7/2009 Protestujący złożył ofertę w częściach 14 i 29, dotyczących rodzajowo tego samego przedmiotu zamówienia, tj. "Torby do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego". W postępowaniu 9/2009 natomiast firma MEDLINE Sp. z o.o. złożyła ofertę w części 11 -"Torba do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego".

6. W żadnym punkcie obu SIWZ Zamawiający nie sprecyzował, co będzie rozumiał pod pojęciem "dosta wy odpowiadającej swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia". Tym samym pozostawił jego interpretację wykonawcom, którzy w takiej sytuacji zmuszeni byli bazować na opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, w tym w szczególności na określonych przez Zamawiającego kodach Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), posiłkując się orzecznictwem, które stanowi m.in., iż: "Już z samego brzmienia powołanego wyżej przepisu [§1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia] wynika, iż wola ustawodawcy było objęcie jego dyspozycją usług i dostaw, niekoniecznie tożsamy z przedmiotem zamówienia. Sformułowanie "odpowiadających swoim rodzajem" oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie, czy charakterze." (Wyrok KIO z dnia 27 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 221/08) W tym samym orzeczeniu KIO wskazała, iż na zbieżność dostaw przedstawianych dla wykazania się doświadczeniem z dostawami stanowiącymi przedmiot zamówienia wskazuje również przyporządkowanie do tej samej grupy CPV, a ponadto stwierdziła, że choć „faktem jest, że CPV ma charakter pomocniczy, jednak nie oznacza to, że nie można stosować standardowych, ujednoczonych pojęć słownika do porównywania zamówień zrealizowanych z przedmiotem zamówienia".

7. Wzywając Protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający jako uzasadnienie faktyczne wezwania wskazał rzekomy "brak referencji odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia", jednocześnie nie określając, z jakiego powodu nie uznaje dokumentów złożonych w ofercie Protestującego za spełniające wymagania SIWZ. W części oznaczonej tytułem "uzasadnienie" znajduje się jedynie przytoczenie zapisów SIWZ, bez wskazania, których z tych zapisów nie spełniają dokumenty złożone przez Protestującego.

Za niezrozumiałą uznać należy przy tym fakt, iż Zamawiający, kwestionując dokumenty złożone przez Protestującego na potwierdzenie należytej staranności wykonanych dostaw, nie kwestionuje jednocześnie złożonego w ofercie wykazu dostaw, którego treść, co do opisów przedmiotów dostaw, pokrywa się w zasadzie z treścią zakwestionowanych dokumentów potwierdzających należyłą staranność.

8. Pomijając w tym miejscu fakt błędnego sformułowania użytego w wezwaniu przez Zamawiającego (to nie referencje, a ściślej: nie dokumenty potwierdzające wykonanie dostaw z należyłą starannością mają odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, lecz dostawy, o których te dokumenty mówią), Protestujący stoi na stanowisku, iż załączone do oferty dokumenty w oczywisty sposób potwierdzają, że określone w nich, wykonane przez firmę MEDLINE Sp. z o.o. dostawy odpowiadają swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Dokumenty te dotyczą m.in. dostaw toreb R

ratownika medycznego, toreb S sanitariusza, polowych zasobników medycznych i walizek reanimacyjnych (dostawy dla Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej) oraz zestawów ratownictwa medycznego R1 (w tym torby ratownictwa medycznego -dostawa dla Związku Ochotniczych Straży Pożarnych RP). Wszystkie te produkty zalicza się do zestawów medycznych, zatem nie ulega wątpliwości, iż dostawy, których produkty te były przedmiotem, odpowiadają swoim rodzajem dostawom będącym przedmiotem zamówienia w częściach, których dotyczy oferta firmy MEDLINE Sp. z o.o. -sam Zamawiający określił przedmiot zamówienia w tych częściach kodem CPV 33141620-2: "zestawy medyczne", nie precyzując tego pojęcia w żaden sposób w SIWZ. Bez znaczenia jest fakt, iż w załącznikach nr 4 do obu SIWZ Zamawiający użył sformułowania "torby do indywidualnego zestawu profilaktyczno-leczniczego", gdyż torby takie bez wątpienia są produktem tego samego rodzaju, co produkty wskazane powyżej, wymienione w dokumentach przedłożonych przez Protestującego w ofercie na potwierdzenie należytej staranności.

9. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie wskazał, na czym polegają wady dokumentów załączonych do oferty przez Protestującego. W połączeniu z brakiem zapisów SIWZ precyzujących pojęcie "dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia" sytuacja taka oznacza, iż w kwestii treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw Protestujący jest całkowicie zdany na swobodne uznanie Zamawiającego, który arbitralnie interpretuje zapisy SIWZ w oparciu o sobie tylko znane kryteria uznania dokumentów za właściwe. W orzecznictwie i literaturze przedmiotu powszechnie przyjmuje się, iż taki stan rzeczy jest niedopuszczalny (np. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07: "Mimo braku wyraźnego wskazania w ustawie zasadne jest, aby Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów wskazał, jakie widzi w nich braki."), zaś wszelkie niejasności zapisów SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców (np. postanowienie KIO z dnia 9 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 636/08: "Wątpliwości powstałe na tle siwz nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozstrzygane na ich korzyść."). Zamawiający nie ma prawa dowolnego interpretowania zapisów SIWZ i oceniania przedstawionych przez wykonawców dokumentów przez pryzmat tego, co Zamawiający zamierzał napisać w specyfikacji, zamiast tego, co faktycznie w niej napisał.

Zdaniem Protestującego, w rozważanym zakresie, dotyczącym dokumentów wymaganych na potwierdzenie należytej staranności wykonywanych dostaw, postanowienia SIWZ nie budziły wątpliwości, z zastrzeżeniem opisanych wyżej sprzeczności z przepisami prawa; jeśli zaś wątpliwości takich nabral Zamawiający, to powinien albo postępować zgodnie z zasadą rozstrzygnięcia wątpliwości co do treści SIWZ na korzyść wykonawców, albo też -w przypadku wątpliwości nie dających się jednoznacznie rozstrzygnąć -unieważnić postępowanie jako

obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W świetle przytoczonej wyżej argumentacji. Protestujący uznaje wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów za bezzasadne i naruszające zasady prowadzenia postępowania, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. W konsekwencji Protestujący wnosi jak na wstępie.

Jedynie dodatkowo Protestujący zwraca uwagę, że nawet gdyby przyjąć, iż wezwanie do uzupełnienia jest uzasadnione, to wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów -do dnia 16 czerwca 2009 r. (wtorek), w sytuacji, gdy wezwanie zostało przekazane Protestującemu faksem w dniu 12 czerwca 2009 r. (piątek) -należy uznać za zdecydowanie zbyt krótki do dokonania czynności polegającej na fizycznym dostarczeniu dokumentów do siedziby Zamawiającego, a jako taki -naruszający wskazane wyżej zasady prowadzenia postępowania.

Ponadto Protestujący zaznacza, iż za niedopuszczalne należałoby uznać zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w sytuacji, gdy Protestujący złożył wymagane w SIWZ dokumenty w uzasadnionym przekonaniu, że potwierdzają one warunki udziału w postępowaniu (zgodnie z nakreśloną powyżej argumentacją), a następnie Zamawiający, wskutek nieznaney dotąd Protestującemu interpretacji wysoce ogólnych zapisów SIWZ, wykluczyłby Protestującego z postępowania za niezłożenie odpowiednich dokumentów. Zdaniem Protestującego, w takiej sytuacji oczywiste byłoby, iż niezłożenie dokumentów wynikałoby z przyczyn nieleżących po stronie Protestującego.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 26.06.2009 r. zamawiający powyższy protest w całości oddalił jako niezasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono:

„(...)

W Rozdziale VI pkt t ppkt 6 SIWZ Zamawiający określił, iż "w celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę oraz doświadczenie, (...) do oferty należy dołączyć wykaz wykonywanych w okresie nie dłuższym niż 2 lata dostaw odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 6)." Tym samym oprócz wymogu załączenia do oferty wykazu doświadczenia zawodowego oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazanych dostaw Zamawiający w tym miejscu

SIWZ określił warunek, iż Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać się wykonaniem w okresie nie dłuższym niż 2 lata dostaw odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Tak opisany warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego nie budził żadnych wątpliwości Wykonawcy na etapie przygotowywania oferty. W przypadku gdyby w jego opinii opisany przez Zamawiającego warunek naruszał przepisy Ustawy (w tym również okres w jakim co najmniej jedno zamówienia powinno zostać zrealizowane) miał możliwość złożyć w tym zakresie protest na zapisy SIWZ. Nie składając takiego protestu Protestujący zaakceptował powyższy warunek, natomiast na etapie złożenia oferty pozostał mu obowiązek załączenia do oferty wymaganych dokumentów w celu wykazania spełnienia tak postawionego warunku.

Z uwagi na powyższe niezrozumiałym jest twierdzenie Protestującego, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie sformułował żadnego szczegółowego warunku udziału w postępowaniu, poprzestając jedynie na warunkach ustawowych. Z drugiej zaś strony w tym samym proteście Protestujący "żąda uznania, iż przedstawione przez niego wraz z ofertą dokumenty, potwierdzające należyłą staranność wykonanych dostaw, wymienionych w załączonym do oferty wykazie dostaw, spełniają wymagania w SfWZ, a tym samym, iż Protestujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania niezbędnego doświadczenia. A więc przyznaje, że taki warunek został określony w SIWZ.

Zamawiający potwierdza, iż sformułowany w SIWZ warunek w zakresie doświadczenia nie określał minimalnej liczby dostaw, których wykonaniem z należyłą starannością powinni wykazać się Wykonawcy. Dlatego też Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w celu potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie doświadczenia zawodowego musieli wykazać się wykonaniem co najmniej jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowej pozycji został określony jako "torba do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego", co dostatecznie jasno definiuje o jaki rodzaj zamówienia chodzi i nie budzi wątpliwości, iż wymóg doświadczenia w realizacji podobnego rodzaju jest spełniony jedynie w przypadku wystąpienia w wykazanym zamówieniu ..torby do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego", Oferta Protestującego nie zawiera dokumentów pozwalających stwierdzić, że wymóg ten został spełniony. To na wykonawcy ciąży obowiązek dostatecznego udowodnienia spełnienia warunków udziału, stąd też jego również obciążają negatywne skutki braku bądź niejednoznaczności takich informacji.

W przypadku, gdy w ofercie brak jest dokumentów, potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, również w przypadku gdy w ofercie znajdują się dokumenty takie jak wykaz doświadczenia zawodowego, czy referencje, ale nie wynika z nich że Wykonawca spełnia warunek to, zgodnie z istniejącym w tym zakresie orzecznictwem KIO, obowiązkiem Zamawiającego jest wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

Jedynie odstępianie od takiego wezwania możliwe jest w przypadku, gdyby mimo uzupełnienia tych dokumentów przedmiotowa oferta podlegała odrzuceniu lub postępowanie musiało by zostać unieważnione. Takie okoliczności w tym przypadku nie zachodzą więc wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało dokonane zgodnie z ustawą i dotychczasowym orzecznictwem KIO w tym zakresie. Wobec powyższego zarzuty Protestujących należało uznać za bezzasadne.”

ODWOŁANIE

W dniu 06.07.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od wyżej opisanego rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu powtórzono zarzuty i argumentację protestu oraz zawnioskowano o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji do zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia spornych dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

„(...)

- 1) Argumentacja Zamawiającego, dotycząca warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu doświadczenia w wykonywaniu dostaw odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, stanowi przykład niezrozumienia przez Zamawiającego różnicy pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania tych warunków. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawiera m.in. "Rozdział V – Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny tych warunków". W rozdziale tym Zamawiający nie sprecyzował żadnego warunku szczegółowego, porzeczając na warunkach określonych w art. 22 ustawy Pzp. Natomiast w "Rozdziale VI – Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy" Zamawiający zawarł następujące wymaganie: "w celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę oraz doświadczenie,

potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do oferty należy dołączyć wykaz wykonywanych w okresie nie dłuższym niż 2 lata dostaw odpowiadających swoim rodzajem oraz wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 6). Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych dostaw." Na tej podstawie Odwołujący się zauważył w proteście (popierając swoje stanowisko przytoczeniem orzeczenia KIO), iż Zamawiający, stawiając wymóg złożenia wskazanego wyżej dokumentu w Rozdziale VI SIWZ, uchybił obowiązkowi sformułowania odpowiadającego mu warunku w Rozdziale V SIWZ. Uwaga ta została przez Odwołującego się sformułowana przy okazji ustalania faktów, jedynie jako wskazówka dla Zamawiającego co do istnienia określonej wady postępowania, podobnie jak uwaga poczyniona w punkcie 2 uzasadnienia protestu – oraz z pełną świadomością, że termin oprotowania zapisów SIWZ upłynął w dniu 25 kwietnia 2009r.

- 2) Kolejnym zagadnieniem, którego nie rozumie lub nie chce zrozumieć Zamawiający, jest kwestia charakteru dostaw, których wykonaniem muszą legitymować się wykonawcy na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Mimo dokładnej, popartej orzecznictwem analizy zapisów SIWZ zawartej w proteście, dowodzącej, że Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie określił, co będzie rozumiał pod pojęciem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdza, że "opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowej pozycji został określony jako "torba do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno leczniczego", co dostatecznie jasno definiuje o jaki rodzaj zamówienia chodzi i nie budzi wątpliwości, iż wymóg doświadczenia w realizacji podobnego rodzaju jest spełniony jedynie w przypadku wystąpienia w wykazanym zamówieniu" torby do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno leczniczego". Oznacza to, iż Zamawiający żąda wykazania się dostawami nie tego samego rodzaju, co przedmiot zamówienia, a dostawami tożsamymi z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Odwołującego się, taka interpretacja postanowień SIWZ stanowi niedopuszczalne ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co potwierdza przytoczone w punkcie 6 protestu orzecznictwo KIO.

Co więcej, przyjęcie stanowiska Zamawiającego oznaczałoby, iż chce on doprowadzić, świadomie bądź nie, do zaistnienia faktycznego monopolu jednego wykonawcy na dostarczanie Zamawiającemu produktu, któremu Zamawiający nadał nazwę "torby do

indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego", a który nie jest niczym innym, jak torbą do przenoszenia leków i drobnego sprzętu medycznego, produktem będącym częścią składową różnego rodzaju zestawów medycznych. Skoro bowiem określenie "torba do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego" nie jest określeniem powszechnie stosowanym, o ustalonym powszechnie znaczeniu i używa go tylko Zamawiający (co znajduje potwierdzenie w wieloletnim doświadczeniu branżowym Odwołującego się i na co wskazuje choćby wynik wyszukiwania w Internecie), to jest oczywiste, iż wykonaniem dostaw zadowolających Zamawiającego może wykazać się wyłącznie wykonawca, który dostarczał Zamawiającemu dokładnie tak nazwane produkty w przeszłości i który otrzymał od Zamawiającego dokumenty potwierdzające należytą staranność, zawierające dokładnie takie określenie. Wykonawcą tym jest firma BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. (58-250 Pieszyce, Piskorzów 51, tel./faks (+48 74) 83 69 114, faks (+48 74) 83 69268, www.boxmet.com.pl). również uczestnicząca w postępowaniu, której dokumenty referencyjne, wystawione przez Zamawiającego, zawierają oczywiście potwierdzenie wykonania dostaw "toreb do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego" (w załączeniu dokumenty referencyjne firmy BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. załączone do oferty w postępowaniu). Przyjmując stanowisko Zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu, należałoby dojść do wniosku, że jedynie firma BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. jest w stanie spełnić wymagania Zamawiającego, co stawiałoby pod znakiem zapytania celowość prowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym.

Zdaniem Odwołującego się, stanowisko Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne sprzeczne z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych. W świetle zapisów SIWZ, przeanalizowanych szczegółowo w uzasadnieniu protestu, odczytywanych zgodnie z tymi przepisami i przytoczonym orzecnictwem, Odwołujący się posiada niezbędne doświadczenie w zakresie dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w częściach zamówienia, których dotyczy oferta Odwołującego się. W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że nazwa "torba do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego" jest określeniem przyjętym dowolnie przez Zamawiającego, wyłącznie opisowym, nie dotyczącym produktu o wyraźnie odmiennym charakterze niż inne produkty wchodzące w zakres pojęcia "zestawy medyczne".

3) W dalszej części rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdza, iż "oferta Protestującego nie zawiera dokumentów pozwalających stwierdzić, że wymóg ten [dotyczący wykonania dostaw toreb do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego -przyp.

Odwołującego się został spełniony. To na wykonawcy ciąży obowiązek dostatecznego udowodnienia spełnienia warunków udziału, stąd też jego również obciążają negatywne skutki braku bądź niejednoznaczności takich informacji." Jak już wskazano powyżej, istnieje tylko jeden wykonawca, posiadający dokumenty potwierdzające spełnianie wymogu rozumianego tak, jak chce Zamawiający, tj. zawierające sformułowanie "torby do indywidualnego Zestawu profilaktyczno-leczniczego". Wynika stąd, że Zamawiający, zamiast oceny, czy wykonane przez Odwołującego się dostawy są tego samego rodzaju co dostawa stanowiąca przedmiot zamówienia, ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że w dokumentach potwierdzających wykonanie tych dostaw brak jest jedynego uznawanego przez Zamawiającego sformułowania ("torba do indywidualnego Zestawu Profilaktyczno-leczniczego"). Odwołujący się stoi na stanowisku, iż wykonane przez niego dostawy, potwierdzone załączonym do oferty dokumentami, obejmowały dostawy tego samego rodzaju co dostawy stanowiące przedmiot zamówienia, zgodnie z argumentacją przedstawioną szczegółowo w punkcie 8 uzasadnienia protestu.

4) Odwołujący się podkreśla, że do chwili zakwestionowania przez Zamawiającego złożonych w ofercie Odwołującego się dokumentów potwierdzających należyta staranność wykonanych dostaw, zapisy SIWZ nie budziły wątpliwości Odwołującego się, poza uwagami opisanymi w punktach 1 i 2 uzasadnienia protestu. Dopiero wezwanie do uzupełnienia dokumentów (bez wskazania powodów nieuznawania dokumentów złożonych wraz z ofertą) i później rozstrzygnięcie protestu obnażyły fakt, iż Zamawiający rozumie zapisy SIWZ w sposób bezzasadnie zawężający, wymagając wykazania się dostawami tożsamymi z przedmiotem zamówienia. W tej sytuacji Odwołujący się, który złożył ofertę w dobrej wierze i zgodnie z najlepszą wiedzą na temat zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędnego rozumowania Zamawiającego (ujawnionego dopiero po terminie składania ofert) w postaci wykluczenia z postępowania ani tym bardziej w postaci utraty wadium. Konsekwencje te musi ponieść Zamawiający, który – co Odwołujący się zaznaczył w punkcie 9 uzasadnienia protestu - powinien albo postępować zgodnie z zasadą rozstrzygania wątpliwości co do treści SIWZ na korzyść wykonawców, albo też – w przypadku wątpliwości nie dających się jednoznacznie rozstrzygnąć – unieważnić postępowanie jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). „

Uwzględniając powyższe oraz okoliczności wynikające z dokumentacji postępowania i oświadczeń zamawiającego złożonych w trakcie rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba wskazuje na okoliczność, iż zamawiający po dokonanej pod wpływem wniesionego odwołania analizie sprawy, podzielił stanowisko odwołującego, uznał wezwanie do uzupełnienia dokumentów za niezgodne z przepisami prawa, a tym samym na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego za nieważne i w dniu 09.07.2009 r. dokonał wyboru oferty odwołującego w częściach 14 i 29 postępowania jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza uznaje i potwierdza, iż unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia wskazanych dokumentów złożonych przez odwołującego, czy inaczej – uznanie ww. wezwania jako niezgodnego z prawem i niewywierającego żadnych skutków prawnych - jest prawidłowe i odpowiada zaistniałemu stanowi faktycznemu i znajdujących zastosowanie w sprawie przepisów ustawy. Izba podziela zarzuty i argumentację odwołującego w tym zakresie.

W opinii składu orzekającego Izby zamawiający przepisując do siwz treść art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp nie sformułował żadnego warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie wykazywania się przez wykonawców określonym doświadczeniem w dostawach danego typu.

Powyższy przepis jest przepisem blankietowym, który sam w sobie nie określa i nie formułuje warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 2 ustawy, ale zakreśla jedynie obszar regulacji i pole, których rzeczony warunki mogą dotyczyć. To dopiero w zgodzie z art. 22 ust. 2 Pzp zamawiający określa i formułuje warunki udziału w postępowaniu w zakresach wskazanym w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3.

W związku z powyższym na marginesie rozstrzygnięcia można wskazać, iż żądanie dokumentów potwierdzających tego typu okoliczności również uznać należy za zbędne w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp.

Izba podziela także stanowisko odwołującego, iż żądane doświadczenie, (tu: potwierdzone za pomocą stosownego wykazu dostaw i referencji), w świetle powoływanych przepisów winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia, (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem... etc.) a nie li tylko do

dostaw tożsamy (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).

Reasumując, na podstawie przedstawionych wyżej ustaleń, Izba uznała za potwierdzone zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych referencji.

Jednakże wobec następującego po powyższej czynności dokonania wyboru oferty odwołującego, Izba uznała, iż powyższe naruszenie ww. przepisu nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania (art. 191 ust. 1 a Pzp).

Wybór najkorzystniejszej oferty potwierdził, iż zamawiający uznał wybranego wykonawcę za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i nie podlegającego z tego tytułu wykluczeniu. Wybór najkorzystniejszej oferty (zaniechanie wykluczenia wykonawcy) jest czynnością samodzielną, której prawidłowość należy oceniać m.in. w odniesieniu do ewentualnie istniejących przesłanek wykluczenia wykonawcy zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 10 czy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Dokonane nieprawidłowo w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów w żadnej mierze nie tworzy przesłanek warunkujących konieczność wykluczenia wykonawcy, tj. prawidłowego zastosowania ww. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dyspozycja powyższego przepisu, uniemożliwia jedynie zamawiającemu dokonania wykluczenia wykonawcy bez uprzedniego wezwania do stosownych uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz brak ich uzupełnienia w odpowiedzi na takie wezwanie, nie przesądza o „nieprawidłowości” dokumentów pierwotnie załączonych do oferty i tym samym nie przesądza o możliwości prawidłowego zastosowania/nie zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 jako podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....