

WYROK

z dnia 1 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2018 r. przez **wykonawcę: LAERDAL Medical Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę LAERDAL Medical Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **Zamawiającego: Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy: LAERDAL Medical Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Białymstoku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Dostawa symulatorów wraz z rozładunkiem, wniesieniem, montażem, zainstalowaniem, uruchomieniem oraz dostawa instrukcji stanowiskowej wraz z jej wdrożeniem”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2017 r. pod numerem 2017/S 173-353991.

Wykonawca LAERDAL Medical Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 18 stycznia 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 8 stycznia 2018 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.

Pismem z dnia 30 stycznia 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności biorąc pod uwagę czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania z dnia 8 stycznia 2018 r., jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Zamawiający nie wzywał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, z uwagi iż w niniejszym postępowaniu do upływu terminu składania ofert, wpłynęła jedna oferta – oferta Odwołującego. W konsekwencji do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Białymstoku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowania o udzielenie zamówienia pn: „*Dostawa symulatorów wraz z rozładunkiem, wniesieniem, montażem, zainstalowaniem, uruchomieniem oraz dostawa instrukcji stanowiskowej wraz z jej wdrożeniem*”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Zamawiający w dniu 6 grudnia 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy LAERDAL Medical Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (we wszystkich trzech pozycjach).

/dokumentacja postępowania: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 grudnia 2017 r./.

Zamawiający w dniu 8 stycznia 2018 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniając swoją czynność następującymi okolicznościami. Według Zamawiającego opisując przedmiot zamówienia odniósł się do norm: PN EN 1789 (Załącznik nr 2 do SIWZ — Opis przedmiotu zamówienia — poz. 1: Nadwozie — pkt I., Nosze główne — pkt 1 , ppkt f); Transporter noszy głównych — pkt 2, ppkt d); Defibrylator dwufazowy z rejestratorem rytmu i danych pacjenta — pkt 41 ppkt j)) i PN EN 1865 (Załącznik nr 2 do SIWZ — Opis przedmiotu zamówienia — poz. 1: Nosze główne — pkt 1, ppkt f)). Zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, obowiązany jest wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Zamawiający, w ostatnim punkcie Części II SIWZ, zawarł zapisy dotyczące równoważności C) ofert, a więc również norm użytych w Opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z tymi zapisami, w przypadku złożenia oferty, w której

zostanie zaofertowany przedmiot zamówienia o parametrach równoważnych — Wykonawca jest zobowiązany złożyć oświadczenie (według Załącznika nr 6 do SIW), że oferta jest równoważna z opisem przedmiotu zamówienia, Wykonawca powinien wskazać dokumenty potwierdzające równoważność rozwiązań. Normy opisane przez Zamawiającego znajdują się w Opisie przedmiotu zamówienia. W załączniku zawierającym oświadczenie Wykonawcy dotyczące równoważności złożonej oferty, znajduje się zapis, zgodnie z którym, w przypadku rozwiązań równoważnych (pojęcie rozwiązania równoważne jest pojęciem szerokim, obejmującym również normy), Wykonawca powinien wskazać dokumenty, tj. atesty polskie i europejskie, certyfikaty, itp. (wymienione dokumenty należy więc traktować jako przykładowe, a w związku z tym zapis ten dotyczy również norm), potwierdzające równoważność proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań, dołączając wykaz w/w dokumentów z podaniem nazwy podmiotu wydającego przedmiotowy dokument. W powołanym zapisie znajduje się tylko odesłanie do art. 29 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co sprawia, że nie jest ono precyzyjne, mając na uwadze użyte sformułowania. Zarówno rodzaj wskazanych dokumentów, jak też fakt, że są one wymienione przykładowo, wskazują na to że zapisy znajdujące się w Oświadczeniu dotyczącym równoważności ofert powinny mieć również odniesienie do dokumentów opisanych w art. 30 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tak więc również do norm, które zostały przez Zamawiającego podane w Opisie przedmiotu zamówienia. Brak precyzyjnego, literalnego odesłania w omawianym zapisie do art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych lub też brak dodania przy konkretnych normach wyrazów „lub równoważne” powoduje wątpliwość, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z zasadami opisanymi w art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe rozważania są o tyle uzasadnione, iż Instytucja Pośrednicząca w innych postępowaniach przetargowych w ramach niniejszego Projektu „Wdrożenie programu rozwoju Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku z wykorzystaniem Centrum Symulacji Medycznej” przy tożsamyh zapisach dotyczących równoważności, obciążyła Zamawiającego karą finansową z tytułu naruszenia art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe skonstruowanie Opisu przedmiotu zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 8 stycznia 2018 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: LAERDAL Medical Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie w dniu 18 stycznia 2018 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy: LAERDAL Medical Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia 18 stycznia 2018 r. /.

Pismem z dnia 30 stycznia 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2018 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący niezasadnego unieważnienia postępowania (t.j. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - uznała, że zarzut ten potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zostały wykazane przez Zamawiającego – przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, które upoważniałyby Zamawiającego do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej. Podstawą uwzględnienia odwołania jest stwierdzenie – w tym stanie faktycznym – przez Izbę zasadności zarzutu bezpodstawności unieważnienia przez Zamawiającego postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że Zamawiający unieważnia postępowanie, gdy wystąpią następujące przesłanki: 1. Naruszenie konkretnego przepisu regulującego udzielanie zamówień (musi wystąpić wada postępowania); 2. Wada musi mieć istotny charakter, tak aby wpływała na niemożność zawarcia umowy; 3. Musi zaistnieć związek przyczynowy pomiędzy wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy; 4. Niemożliwość usunięcia wady przez zastosowanie instytucji dostępnych Zamawiającemu.

W pierwszej kolejności Izba zgodziła się z Odwołującym, że nie została wykazana wada postępowania mająca charakter istotny. W ocenie Izby, żadna z przesłanek wskazanych przez Zamawiającego nie kwalifikuje się jako wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Za wadę taką nie mogą zostać uznane wątpliwości Zamawiającego co do dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Izba w przedstawionym stanie faktycznym przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia zastosował w tym postępowaniu model mieszany (w tym z marginalnym odniesieniem się do norm). W części II SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien wskazać dokumenty potwierdzające równoważność rozwiązań. W świetle art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – w przedstawionym stanie faktycznym – nie ma znaczenia czy Zamawiający

literalnie wskazał na treść art. 30 ust. 4 ustawy Pzp. Istotnym jest, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odnosi się do wady postępowania, która musi mieć charakter istotny oraz musi być wadą nieusuwalną. Zatem wadę taką nie mogą stanowić wątpliwości interpretacyjne odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które można usunąć. W konsekwencji nie można zgodzić się, że w niniejszym postępowaniu ziściła się przesłanka wady tego postępowania o której mowa jest w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jeszcze raz podkreślenia wymaga, że wątpliwości Zamawiającego co do interpretacji postanowień SIWZ same w sobie nie mogą być podstawą do unieważnienia postępowania. Podobnie obawa nałożenia kary finansowej przez jednostkę pośredniczącą nie stanowi takiej wady (wady o istotnym charakterze).

Ponadto w ocenie Izby nie zostało wykazane, aby wada na którą powołał się Zamawiający wpływała na niemożność zawarcia umowy, nie został również wykazany związek przyczynowy pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia umowy. Tym bardziej Izba nie dopatrzyła się zaistnienia (wobec przedstawionego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania z dnia 8 stycznia 2018 r.) niemożności usunięcia takiej wady, wobec przedstawionej argumentacji odnoszącej się do całokształtu postanowień SIWZ w zakresie dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Wobec powyższego – niewykazanie przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez Zamawiającego do czego jest zobowiązany – musi skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania (we wszystkich pozycjach).

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) 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 (dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 18.600 zł.

Przewodniczący:

.....