

Sygn. akt KIO 160/11

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 lutego 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 27 stycznia 2011 r. przez **OTICON Polska Sp. z o.o., Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, od czynności zamawiającego **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1, 01-934 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., pl. Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **OTICON Polska Sp. z o.o., Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **OTICON Polska Sp. z o.o., Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami) 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

Zamawiający; Instytut Fizjologii i patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę systemów implantów zakotwiczonych w Kości – 35 szt.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 210-321093 w dniu 28 października 2010 r.

W dniu 18 stycznia 2011 r. zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez jej zamieszczenie na własnej stronie internetowej.

Wskazując, iż dokonana zmiana siwz, o której mowa powyżej, stanowi wyraz zaniechania przez zamawiającego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2549/10, odwołujący - OTION Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 197 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), zwanej dalej Pzp, w związku z art. 1212 § 1 kodeksu postępowania cywilnego w związku z art. 185 ust. 7 Pzp, przez ich nierespektowanie ze względu na niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/2549/10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż wykonanie wyroku KIO ewidentnie faworyzuje jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o :

1. uwzględnienie odwołania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
2. nakazanie zamawiającemu wykonania całości wyroku KIO z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2549/10, przez znaczące zmniejszenie rangi wprowadzonego kryterium (np. do 10%),
3. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania i nakazanym wyrokiem KIO.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący oświadczył, iż jego celem nie jest powtórne rozpatrywanie przez Izbę zarzutów odnoszących się do rozstrzygnięcia KIO 2549/10, a wyłącznie nakazanie zamawiającemu wykonania wyroku, który już zapadł. Wskazał, iż pomimo uwzględnienia odwołania przez Krajowa Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 9 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO/2549/10 i wydania przez Izbę orzeczenia nakazującego

zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zmniejszenia punktacji przyznawanej za osiągnięcie przez zaoferowany przedmiot określonych, ocenianych parametrów, zamawiający nie zastosował się do dyspozycji wyroku i nie tylko nie zmniejszył punktacji osiągananej przez osiągnane parametry, ale co więcej – zwiększył znaczenie pięciu spośród siedmiu parametrów w skali punktacji oferty o ponad 20% na niekorzyść odwołującego. Izba orzekła także, iż zamawiający nie wykazał, że w sposób uzasadniony sformułował postanowienia dotyczące czterech z siedmiu parametrów i w konsekwencji nakazał ich zmianę. W przypadku dwóch z zakwestionowanych parametrów zamawiający wymaganej zmiany nie dokonał – parametr nr 3 i nr 5.

Odwołujący podkreślił, iż w wyniku dokonanej modyfikacji załącznika nr 3.1. zamawiający zmniejszył ilość przyznanych punktów za spełnienie poszczególnych parametrów, jednakże w dalszym ciągu pozostawił wagę kryterium na poziomie 40%. W konsekwencji wprowadzone zmiany, wbrew orzeczeniu Izby nie spowodowały zmniejszenia osiągananej punktacji, a w niektórych parametrach kuriozalnie doprowadziły do jej zwiększenia. Odwołujący podniósł, iż w zestawieniu parametrów punktowanych po modyfikacji odwołujący spełnia jedynie jeden parametr – „zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem”. Odwołujący przyznał, iż faktycznie zamawiający zmniejszył punktację maksymalną parametrów technicznych z 70 do 29 punktów, obniżając tym samym o ponad połowę ilość możliwych do uzyskania punktów w ramach tego kryterium, jednak nie zbadał jak obniżenie punktacji parametrów, przy zachowaniu wagi kryterium, będzie się miało do faktycznego udziału punktów w ramach przyznanego kryterium do punktacji ogólnej całej oferty. Podkreślił, iż w istocie nominalne wartości przyznawanych punktów są bez znaczenia.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący podkreślił, iż wnosi o zmniejszenie znaczenia poszczególnych parametrów, zgodnie z sentencją wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. Zdaniem odwołującego, wykonanie wyroku Izby jest możliwe wyłącznie przez zmniejszenie rangi kryterium parametrów technicznych z 40% do np. 10% - dopiero wtedy będzie można uznać, że zamawiający wykonał wyrok KIO.

Wykonawca MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w ustawowym terminie, wykazując swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów przedłożonych do akt sprawy i dokumentacji postępowania ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, ponieważ dotyczy czynności zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Stosownie do art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zamawiający zobowiązany na podstawie ustawy.

W świetle brzmienia tego przepisu odwołanie przysługuje wobec czynności, która została dokonana niezgodnie z wyrokiem Izby lub wobec zaniechania wykonania czynności zgodnie z wyrokiem Izby. Odwołanie nie przysługuje natomiast na zaniechanie „czynności” wykonania wyroku, jako takiej. Kwestie wykonalności orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej reguluje art. 197 Pzp, zgodnie z którym orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Ponadto, o stwierdzeniu wykonalności orzeczenia Izby sąd orzeka na wniosek strony. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności.

W przedmiotowej nie budzi wątpliwości fakt, iż dokonana przez zamawiającego w dniu 18 stycznia 2011 r. zmiana postanowień siwz w zakresie załącznika nr 3.1 stanowi czynność, którą zamawiający wykonał w wyniku orzeczenia wydanego przez Izbę – tj. wyroku KIO z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/2549/10.

W świetle art. 180 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, wobec powyższej czynności przysługuje wykonawcy odwołanie, jeśli czynność ta została dokonana odmiennie niż Krajowa Izba Odwoławcza nakazała w wydanym orzeczeniu. Zgodnie bowiem z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, Izba jest zobowiązana odrzucić odwołanie, dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (lub sądu, lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu). Powyższa przesłanka odrzucenia odwołania oznacza, że dana czynność zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Czynność wykonana zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu okręgowego rozpoznającego skargę nie może być już przedmiotem odwołania. Wyłącznie w przypadku,

gdy dana czynność została dokonana odmiennie (tj. niezgodnie z wyrokiem Izby), to podlega ona zaskarżeniu odwołaniem bez żadnych ograniczeń.

Izba ustaliła, iż w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO/2549/10 KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu „zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zmniejszenia punktacji przyznawanej za osiągnięcie przez zaoferowany przedmiot określonych, ocenianych parametrów”. Jednocześnie wśród podniesionych w odwołaniu wówczas zarzutów naruszenia przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez opisanie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz ich znaczenia na przesadnie wysokim poziomie, co w konsekwencji w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp – przez wprowadzenie kryteriów oceny ofert i ich rang na wygórowanym i nieadekwatnym poziomie i tym samym wymuszenie na odwołującym zaoferowania przedmiotu zamówienia w rażąco niskiej cenie.

Izba uwzględniła zarzut nr 1 i 2, natomiast zarzut nr 3 „skład orzekający Izby pozostawił [...] bez rozpoznania”.

Odnosząc się do postanowień załącznika 3.1, dotyczących poszczególnych parametrów, kwestionowanych przez odwołującego, w ww. wyroku Izba uznała, że „zamawiający nie wykazał, że w sposób uzasadniony sformułował postanowienie dotyczące ocenianych parametrów 3-5 i 7”. I tak:

- odnośnie parametru 3 – „Zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem (wymienić zastosowane zabezpieczenia minimum 2) – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów” - Izba stwierdziła, że „zamawiający powinien zmienić kwestionowany parametr kładąc nacisk na właściwości aparatu, a nie na jego wyposażenie w poszczególne zabezpieczenia”.

- odnośnie parametru 4 – „Możliwość samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów” - Izba stwierdziła: „skład orzekający Izby zaleca zmianę opisu kwestionowanego parametru, aby w sposób nieuzasadniony nie mogła być promowana cecha urządzenia mogąca wpływać na bezpieczeństwo pacjenta”.

- odnośnie parametru 5 – „Możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów” - Izba stwierdziła, że „nie ma takiej konieczności, aby preferować dokonywanie manualnego regulowania aparatu a dyskryminować możliwość elektronicznego ustawiania pożądanych parametrów wzmocnienia w urządzeniu. Efekt możliwości zmian ustawień aparatu w punktach protetycznych, można osiągnąć przewidując możliwość ręcznej regulacji, a także regulacji komputerowej z zastosowaniem nieodpłatnego dodatkowo oprogramowania, które wykonawca będzie zobowiązany przekazać zamawiającemu i do punktów protetycznych, co zdaniem odwołującego nie będzie stanowić żadnego problemu. Dlatego zamawiający powinien zmodyfikować postanowienie dotyczące parametru 5, aby w sposób nieuzasadniony nie utrudniać uczciwej konkurencji”.

- odnośnie parametru 7 – „Nasadka na wspornik umieszczana na czas gojenia rany o min. 2 wielkościach średnicy zabezpieczająca przed zabrudzeniem rany, wykonana z materiału łatwego do utrzymania w czystości (podać rozmiary) – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów” - Izba stwierdziła: „Parametr ograniczający się do dwóch rodzajów nasadek nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego, a zamawiający nie uzasadnił z czego treść tego parametru wynika. Dlatego zamawiający powinien zmienić postanowienie dotyczące określenia parametru i jego oceny zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami, a nie formułować go w sposób arbitralny bez uzasadnienia, gdyż zostanie to poczytane jako działanie utrudniające uczciwą konkurencję”.

Zamawiający w dniu 18 stycznia 2011 r. wprowadził do siwz zmieniony załącznik nr 3.1. do siwz, w którym parametry, o których mowa powyżej otrzymały brzmienie:

- parametr 3 – „Zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem – tak – 2 pkt; nie – 0 pkt”

- parametr 4 – „Zabezpieczenie przed łatwym wyjęciem (wypadnięciem) baterii – tak – 5 pkt; nie – 0 pkt”.

- parametr 5 – „Możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego – tak – 2 pkt; nie – 0 pkt”.

- parametr 7 – „Liczba nasadek o różnych rozmiarach na wspornik, umieszczana na czas gojenia rany zabezpieczająca przed zabrudzeniem rany, wykonana z materiału łatwego do utrzymania w czystości (podać rozmiar) – min. 1 nasadka – 2 pkt.- min. 2 nasadki o różnych rozmiarach – 5 pkt.”

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że z treści sentencji, jak również z treści uzasadnienia wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. wynika jednoznacznie, że Izba uwzględniła odwołanie wyłącznie co do części zarzutów, podniesionych w odwołaniu

i wskazanych powyżej. Izba uwzględniła przy tym jedno z żądań odwołującego - wyłącznie żądanie „nakazania zamawiającemu zmniejszenia punktacji przyznawanej za poszczególne oceniane parametry”.

Powyższa czynność zmniejszenia punktacji została faktycznie dokonana przez zamawiającego, co przyznał sam odwołujący w treści odwołania. W ramach wykonanej czynności zamawiający zmienił, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 grudnia 2010 r., punktację kryteriów w zakresie parametrów technicznych, poprzez jej zmniejszenie, tj. przyznanie mniejszej ilości punktów w ramach poszczególnych parametrów technicznych. Podkreślić należy w tym miejscu, że Izba nie określiła w treści wyroku szczegółowo w jakim stopniu oraz w jakim zakresie zmiana punktacji powinna być dokonana. Decyzja w tym względzie została zatem pozostawiona zamawiającemu.

Zarówno z treści sentencji jak i uzasadnienia ww. orzeczenia wynika również, że Izba w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. nie nakazała zamawiającemu „zmniejszenia rangi wprowadzonego kryterium”, ani też „wprowadzenia w ramach kryterium innych parametrów ocenianych, właściwych również dla urządzeń oferowanych przez odwołującego”. Obecne twierdzenie dowołującego, iż zamawiający był zobowiązany na mocy ww. wyroku zmniejszyć wagę kryterium „parametry techniczne” z 40 % np. do 10% nie znajduje żadnego oparcia w treści omawianego wyroku.

Skoro odwołujący twierdzi, iż samo zmniejszenie punktacji nie ma w tym przypadku znaczenia, a istotą zmiany w ramach kryterium „parametry techniczne” powinno być zmniejszenie wagi tego kryterium, a nie zmniejszenie punktacji w odniesieniu do poszczególnych parametrów, to korzystając z dostępnej instytucji skargi, powinien był w zakresie nieuwzględnionych przez Izbę w wyroku żądań i zarzutów, złożyć skargę na wyrok KIO do sądu okręgowego, stosownie do art. 198a ust. 1 Pzp.

Oceniając zmiany dokonane przez zamawiającego w zakresie poszczególnych parametrów Izba uznała, że parametry wskazane w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (parametr 3-5 i 7) zostały przez zamawiającego odpowiednio przeformułowane. W zakresie kwestionowanym przez odwołującego w przedmiotowej sprawie - odnośnie parametru 3 – zamawiający zrezygnował z oznaczenia wartości minimum w liczbie 2 dla tego parametru, punktowanego jako „10 pkt” oraz zmniejszył punktację za zabezpieczenie do 2 pkt. Natomiast odnośnie parametru 5 zauważyć należy, że w treści uzasadnienia wyroku Izba nie wskazała sposobu zmiany opisu tego parametru lecz podała, iż postanowienie dotyczące parametru 5 zamawiający powinien zmodyfikować tak, aby w sposób nieuzasadniony nie utrudniać uczciwej konkurencji. Jak wynika z uzasadnienia wyroku Izba uwzględniając zarzut miała na uwadze brak „konieczności do preferowania manualnego regulowania aparatu oraz dyskryminowania możliwości elektronicznego ustawiania pożądaných parametrów wzmocnienia w dostarczonym urządzeniu”. Stosownie do

powyższego, w zakresie tego parametru zamawiający dokonał zmniejszenia punktacji z 10 pkt. do 2 pkt – za spełnienie parametru. Jest to w ocenie Izby adekwatne do brzmienia „zalecenia” Izby w powyższym zakresie wynikającego z uzasadnienia wyroku, a także treści czynności nakazanej zamawiającemu w wyroku tj. zmniejszenia punktacji przyznawanej za osiągnięcie przez zaoferowany przedmiot określonych, ocenianych parametrów.

Wskazać należy, iż treść wyroku powinna być interpretowana za pomocą wykładni gramatycznej oraz raczej zawężająco niż rozszerzająco. Wobec powyższego, interpretacja treści wyroku KIO z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/2549/10), prezentowana przez odwołującego w odwołaniu, nie znajduje oparcia w treści tego wyroku ani w treści jego uzasadnienia.

Z uwagi na powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 oraz ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

.....