

Sygn. akt: KIO 1130/14

POSTANOWIENIE
z dnia 17 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2014 r. przez wykonawcę

Beryl Med. Limited 1st Floor, 26 Fouberts Place, Londyn, Anglia, W1F 7PP

w postępowaniu prowadzonym przez

Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy
ul. Narutowicza 80, 05-400 Otwock

przy udziale **Covidien Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Beryl Med. Limited i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Beryl Med. Limited 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 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy w Otwocku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Techniki Operacyjne” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 29 maja 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 181624. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Beryl Med. Limited wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i w zw. z art. 91 i w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a zarazem poprzez opis, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia odnoszącym się do właściwości wykonawcy, a ściślej jego potencjału technicznego, w sposób nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia, naruszając lub potencjalnie naruszając zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2. art. 29 ust. 1-3 w zw. z art. 30 ust. 5 i 6, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 13, w zw. z art. 91 i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, ich opisu, kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, wątpliwy oraz nieostry, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ponadto poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, mimo że nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, zaniechania określenia warunków oraz minimalnego zakresu równoważności, uniemożliwienie dopuszczenia rozwiązań równoważnych do opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, względnie w części zasługującej na uwzględnienie oraz nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznika nr 2 do specyfikacji w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, zapewniający zgodność z powołanymi powyżej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w szczególności poprzez:

a) usunięcie zapisu „obustronnie spłaszczonych na całej długości zszywek” oraz „zszywki spłaszczone na całej długości” stanowiących jednocześnie podmiotowe warunki udziału w postępowaniu;

b) usunięcie zapisu „brak pinu na ładunku”;

c) usunięcie zapisu „plastikowa osłona noża uruchamiana po wystrzeleniu ładunku zabezpieczająca przed jego ponownym użyciem”;

d) usunięcie zapisu „gumowana rękojeść”;

e) usunięcie zapisu „system zabezpieczający przed przedwczesnym wystrzeleniem ładunku”;

f) opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych;

g) modyfikację kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, tj. kryterium „jakość”, poprzez usunięcie parametru: „ergonomia użycia staplera – 10 pkt” oraz dookreślenie w zgodzie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych sposobu oceny ofert, w szczególności punktacji poszczególnych parametrów;

2. niezwłocznego przekazania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz zamieszczenia zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej;

3. zmiany opisu kryteriów oceny ofert, zgodnie z żądaniami zawartymi w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;

4. zobowiązanie zamawiającego do zmiany treści ogłoszenia w zakresie uwzględnionego odwołania oraz przedłużenia terminu składania ofert;

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, według spisu kosztów.

Odwołujący wskazał, iż wymogi zamawiającego powodują, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji, zarówno poprzez wprowadzenie, jak i zaniechanie wprowadzenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, oraz sposobu

ich oceny, parametrów oraz innych zapisów, uniemożliwiających odwołującemu prawidłowe sporządzenie i złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia uniemożliwiają zamawiającemu przeprowadzenie postępowania i jego rozstrzygnięcie poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w zgodzie z zasadami Prawa zamówień publicznych, gdyż sprzeczne z ustawą określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu poprzez sformułowany opis przedmiotu zamówienia, wprost wskazuje na konkretne wyroby jednego producenta – Covidien.

Ponadto niemierzalne, nieweryfikowalne, nieobiektywne oraz niejednoznaczne parametry, a także nieostre i uznaniowe zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia co najmniej nasuwają wątpliwości interpretacyjne co do sposobu należytego przygotowania oferty, zakresu dokumentów, jakie należy załączyć do oferty, kryteriów ocennych i badawczych znajdujących zastosowanie do oceny, analizy i porównania ofert wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego, uniemożliwiających obiektywne, mierzalne, weryfikowalne i nieuznaniowe podjęcie przez zamawiającego czynności badania, analizy i oceny ofert.

Szczegółowe zarzuty dotyczące zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Rozdział VII „Kryteria i zasady oceny oferty”: przy wyborze oferty zamawiający będzie kierował się kryteriami: cena oferty 70%, jakość 30%. Oceny jakości dokona odrębna komisja powołana przez dyrektora Centrum, która po usunięciu znaków identyfikacyjnych firmy oceni daną próbkę. Ocena dokonywana będzie według parametrów: kontrola odpięcia staplera, ergonomia użycia sztaplera, szczelność szwu po aplikacji.

Zamawiający nie określił wymagań czy specyfikacji kontroli odpięcia staplera, ergonomii użycia staplera ani szczelności szwu po aplikacji. Oceny jakości ma dokonywać komisja, której skład w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest sprecyzowany. Niewiadomym jest zapis, iż ocena jakości dokonywana będzie po usunięciu znaków identyfikacyjnych firmy, gdyż nie wiadomo, w jaki sposób miałyby być owe oznaczenia usunięte, a w sytuacji charakterystycznych kolorów staplerów dwóch konkurujących producentów kolor zielony i biały wiąże się z konkretnymi producentami i wskazuje na każdego z nich. Dla odwołującego nie jest też zrozumiałe użyte sformułowanie „ergonomia użycia staplera” oraz kryteria wyboru oferty na dostawę staplerów opierające się na ww. sformułowaniu, które nie zostały wytłumaczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie wytłumaczył też parametru „kontroli odpięcia staplera”, gdyż parametr ten jest trudny do zweryfikowania w warunkach nielaboratoryjnych. Zamawiający nie określił, w jaki sposób komisja będzie weryfikowała dany parametr i jakimi kryteriami będzie się kierować. Zamawiający pozostawia ponadto swobodę komisji w zakresie punktowania każdego z parametrów, co wobec niedookreślenia przesłanek przyznania każdego kolejnego

punktu sprawia, iż wynik takiego badania jest obiektywnie niemierzalny, nieweryfikowalny i nie dający się porównać.

Uzależnianie 30% punktów oceny oferty na nieznanymi i trudnymi do zweryfikowania parametrach jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał parametry poszczególnych staplerów oraz ładunków do staplerów. Opis ten wskazuje na jednego producenta, gdyż jedynie spółka Covidien jest właścicielem patentu i jedynym podmiotem mającym prawo do produkowania „zszywek obustronnie spłaszczonych na całej długości”, w technologii DST (ang. Directional Stapling Technology). Tym samym opis przedmiotu zamówienia wskazujący na określony patent uzależnia – jako podmiotowy warunek udziału w postępowaniu – możliwość złożenia ważnej niepodlegającej odrzuceniu oferty, wyłącznie podmiotom uprawnionym z patentu, uniemożliwiając jednocześnie przystąpienie do przedmiotowego postępowania przetargowego innym wykonawcom. Zszywki o okrągłym przekroju są wyrobem równoważnym do zszywek spłaszczonych na całej długości i nie ma żadnego logicznego oraz praktycznego dyskryminowania tej technologii.

Opisując przedmiot zamówienia zamawiający ograniczył konkurencyjność składanych ofert poprzez uniemożliwienie udziału w przedmiotowym przetargu innym podmiotom, poprzez wymaganie takich elementów jak gumowa rękojeść. Są inne materiały i sposoby pokrycia rękojeści, równoważne bądź lepsze od gumy, które nie zostały dopuszczone przez zamawiającego. Zapis taki uniemożliwia odwołującemu oraz innym wykonawcom skuteczne złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Również wymóg „brak pinu na ładunku” uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego oraz innych wykonawców. Brak posiadania pinu przez staplery jest wręcz niekorzystny, gdyż powoduje zachwianie równoległości ramion staplera w przypadku cięcia tkanki grubej.

Zapis „plastikowa osłona noża uruchamiana po wystrzeleniu ładunku zabezpieczająca przed jego ponownym użyciem” wskazuje na konkretne rozwiązanie techniczne, nie stanowi zaś funkcjonalnego opisu konkretnego rozwiązania.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przejrzystego określenia wszystkich kryteriów oceny ofert, szczegółowego opisu, do czego one się odnoszą i w jaki sposób zostanie przeprowadzona ocena treści oferty przy ich zastosowaniu, w sposób umożliwiający obiektywną ocenę złożonych ofert. Odwołujący zażądał wyłączenia subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny członków komisji przetargowej lub innych osób wykonujących czynności w tym zakresie oraz zagwarantowanie udziału w niezbędnym zakresie organom uprawnionym do orzekania, opiniowania, zaświadczenia czy certyfikowania w zakresie zgodności z prawem, normami lub parametrami technicznymi.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający ma obowiązek wskazania warunków udziału w postępowaniu oraz podania informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają przedłożyć wykonawcy.

W oparciu o zaistniały w postępowaniu przetargowym stan faktyczny i prawny Izba ustaliła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym w zakresie możliwości wnoszenia odwołań ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Natomiast co do pozostałych czynności wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 (art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W konsekwencji, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Taka sytuacja ma miejsce w przypadku niniejszego odwołania.

Odwołujący co prawda usiłuje wskazywać, że wniesione przez niego odwołanie dotyczy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednak nie jest to zgodne ze stanem faktycznym. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem wprost związany z okolicznościami wskazanymi w art. 22 i art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli okolicznościami dotyczącymi właściwości samych podmiotów umożliwiającymi i uniemożliwiającymi im udział w przetargu: posiadanych przez nich uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej,

zdolności ekonomicznej i finansowej, posiadanej wiedzy i doświadczenia, personelu, płacenia podatków, karalności za przestępstwa itd.

Natomiast zarzuty odwołującego dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, czyli przedmiotu oferty (staplerów) oraz kryteriów i oceny ofert – czyli znów właściwości zaoferowanych staplerów. I chociaż postępowanie zamawiającego być może oznacza, że wykonawca w konsekwencji nie będzie mógł wziąć udziału w postępowaniu, to jednak nie z powodu powyżej wskazanych okoliczności, lecz właściwości oferowanych produktów, które nie posiadają cech wskazanych przez zamawiającego.

Jak wynika z treści odwołania, żaden z postawionych zarzutów nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu, które zostały opisane w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ramach których zamawiający wymaga:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej,
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum 2 dostaw technik operacyjnych z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie,
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ocena spełnienia ww. warunków dokonywana będzie na podstawie złożonych dokumentów:

- 1) oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu,
- 2) koncesji/zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej,
- 3) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania,
- 4) aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- 5) dokumentów dotyczących przynależności do grupy kapitałowej: listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej,

6) wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw technik operacyjnych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum 2 dostawy, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odrzucając odwołanie.

Jednocześnie jednak Izba przypomina, że fakt, iż wykonawcom nie przysługuje odwołanie w zakresie całej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza, że zamawiający jest zwolniony z obowiązku przygotowania postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bezstronności oraz przejrzystości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 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: