

Sygn. akt: KIO 2536/14

Sygn. akt: KIO 2539/14

POSTANOWIENIE
z dnia 10 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 grudnia 2014 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2014 roku przez wykonawców:

- 1) **PROMED S.A. ul. Krajewskiego IB, 01-520 Warszawa**
- 2) **Drager Polska sp. z o.o. ul. Sułkowskiego 18a 85-655 Bydgoszcz**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli ul. dr K. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin**

postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących:
 - 1) **PROMED S.A. ul. Krajewskiego IB, 01-520 Warszawa** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych)
 - 2) **Drager Polska sp. z o.o. ul. Sułkowskiego 18a 85-655 Bydgoszcz** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiących równowartość wpisów uiszczonych przez odwołujących.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący

Sygn. akt: KIO 2536/14

Sygn. akt: KIO 2539/14

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp na *dostawę kolumn anesteziologicznych, chirurgicznych, laparoskopowo-chirurgicznych oraz lamp chirurgicznych i zabiegowych w ramach zadania pn. „Zakup specjalistycznego wyposażenia i technologii teleinformatycznych dla Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. iw. Jana z Dukli” - nr ref. ZP-3311-PN-140-2014*, ogłoszonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 20 listopada 2014 r. pod numerem 2014/S 224-395480.

Postępowania odwoławcze w ww. sprawach zostały zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, skierowane do ich łącznego rozpoznania przez Izbę.

Wobec faktu podania treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawca PROMED S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od postanowienia dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarzucając nieproporcjonalność wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz podniósł zarzuty wobec opisu parametrów granicznych przedmiotu zamówienia. Natomiast odwołujący Drager Polska sp. z o.o. podniósł tylko zarzuty wobec opisu przedmiotu zamówienia. Łącznie obaj odwołujący podnieśli ponad 400 zarzutów wobec dokonanego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i dwukrotnie tyle żądań, gdyż pomimo powielania się szeregu zarzutów to jednak ich żądania były w zasadzie odmienne, nakierowane na dopuszczenie możliwości oferowania urządzeń innych producentów.

W dniu 9 grudnia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego zawierające oświadczenie iż zamawiający postanowił na podstawie przepisu art. 186 ust 2 i 6 ustawy Pzp uwzględnić zarzuty obu odwołań w całości, wnosząc o ich umorzenie.

Izba zapoznała się z opublikowanymi za stronie internetowej zamawiającego zmianami dokonanymi w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w postanowieniach SIWZ, stwierdzając, że dokonane zmiany mają odniesienie do ww. stanowiska zamawiającego o uwzględnieniu podniesionych zarzutów.

Odnosząc się do dokonanych zmian treści SIWZ, Izba wskazuje, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołania i podnosząc zarzuty zmierzali do obniżenia pułapu

wymagań granicznych, bądź do dostosowania tych wymagań, do parametrów produktów przez nich oferowanych, co stwierdzają wprost w odwołaniach.

Na marginesie odniesienia się do dokonanych zmian SIWZ Izba zauważa, że w zakresie postępowań na dostawy sprzętu medycznego najczęstszym zarzutem ze strony wykonawców jest to, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób wskazujący na konkretnego wykonawcę lub bezzasadnie zawężający krąg potencjalnych oferentów do wąskiej grupy. Często tym argumentem posługują się oferenci, którzy nie są w stanie podobać stawianym uzasadnionym wymaganiom jakościowym, czy technicznym, postawionych przez zamawiającego, a związanych np. ich funkcjonalnością, zgodnością z właściwymi normami, czy z wymiarem pomieszczeń, gdzie taki sprzęt ma być zainstalowany.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w myśl zasad dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zawartych w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie może być postrzegana w taki sposób, że zamawiający obowiązany jest dokonać takiego opisu przedmiotu zamówienia, by odpowiadał on danemu wykonawcy. Aby udowodnić istnienie czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów sprzętu są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają wykonawcom zdolnym do jego wykonania dostępu do zamówienia. Zamawiający kierując się zasadą uzyskania jak najlepszych efektów z poniesionych na wykonanie zamówienia nakładów, ma prawo wymagać dostarczenia mu w wyniku przetargu aparatury o jak najwyższej jakości, która w pełni będzie odpowiadać jego uzasadnionym, obiektywnym potrzebom.

Zamawiający swoją czynnością z dnia 8 grudnia dokonał uwzględnienia wszystkich zarzutów obu odwołań i wpisał do treści SIWZ stawiane przez odwołujących żądania, jako dodatkowe parametry graniczne, nie dokonując zmiany w wymaganiach już istniejących. Spowodowało to sytuację iż tak dokonany opis przedmiotu zamówienia stał się niejednoznaczny, mogący utrudniać uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, a także uniemożliwić możliwość porównywalności złożonych ofert.

Jako przykład można wskazać chociażby tylko na niektóre wymagania z załącznika nr 7 do SIWZ - część „Asortyment”, gdzie przez podkreślenie wskazano wymaganie pierwotne SIWZ, a kursywą zaznaczono parametry dodane do SIWZ w wyniku jego zmiany:

pkt 6

Kolumna pojedyncza z ramieniem dwuczęściowym o całkowitym zasięgu w osiach łożysk 1800 mm. ± 40 mm.

lub

Dopuszcza się kolumnę z ramieniem dwuczęściowym o całkowitym zasięgu w osiach łożysk 2000 mm.

lub

Dopuszcza się kolumnę o długości łącznej 1730 mm (865mm+865mm).

- **Pkt.6** Aparat do znieczulenia

Minimum 2 szuflady na drobne akcesoria, tym jedna zamykana na klucz

lub

Dopuszcza się wersję kolumnową aparatu bez szuflad

lub

Dopuszcza się aparat wyposażony w szuflady bez możliwości zamykania na klucz.

pkt 21,22, itd. Dotyczący półek i szuflad

Udźwig każdej półki: ≥ 50 kg

lub

Dopuszcza się półki o udźwigu 40 kg.

Dopuszczalne obciążenie szuflady: ≥ 10 kg

lub

Dopuszcza się szufladę o dopuszczalnym obciążeniu 7 kg.

Odnosząc się skrótowo do tych kilku ww. wprowadzonych do SIWZ zmian, stwierdzić należy, że taki opis SIWZ po dokonanych zmianach jest opisem niejednoznacznym, nasuwających wiele wątpliwości interpretacyjnych. Oceniając chociażby ostatni z podanych przykładów, wątpliwość budzi fakt, że zamawiający wymaga zaoferowania szuflad o dopuszczalnym obciążeniu równym lub wyższym niż 10 kg. Następnie dopuszcza również szuflady o dopuszczalnym obciążeniu tylko 7 kg. Powstaje pytanie jak zamawiający oceni ewentualnie zaoferowane przez wykonawcę szuflady, których udźwig mieści się w przedziale 7-10 kg, czy taką ofertę odrzuci jako niezgodną z SIWZ ?. Przykładowo zdaniem Izby, jeśli zamawiający zamierzał obniżyć ten wymóg graniczny, to aby sformułować postanowienie SIWZ po zmianach wystarczyło nadać mu treść, by zostały zaoferowane szuflady o *dopuszczalnym obciążeniu ≥ 7 kg.*

Podobnie trudno wywieść logiczność i zasadność dokonanej zmiany SIWZ, w zakresie opisu samego wymagania dotyczącego szuflad w kolumnie,,: Minimum 2 szuflady na drobne akcesoria, tym jedna zamykana na klucz, a po zmianach dodano „*lub Dopuszcza się wersję kolumnową aparatu bez szuflad*” lub „*Dopuszcza się aparat wyposażony w szuflady bez możliwości zamykania na klucz*”. Z powyższego należałoby wywieść wniosek, że zamawiający w tym zakresie, żadnego wymagania nie postawił, gdyż te obecnie zawarte w SIWZ wzajemnie się wykluczają. Powyższe uwagi Izby zdają się być zasadne niemalże do większości postanowień SIWZ, w których dokonano zmian po uwzględnieniu zarzutów z obu odwołań.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 29 ustawy Pzp przedmiot zamówienia powinien być opisany **w sposób jednoznaczny** i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być sformułowane w sposób niebudzący wątpliwości, a podane parametry czy warunki graniczne winny być dokładnie i jednoznacznie określone.

Przedmiotu zamówienia nie można natomiast opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jeśli by przyjąć za zasadne twierdzenie odwołujących - co nie podlegało ocenie Izby w związku z uwzględnieniem odwołań, że dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia był opisem urządzeń firmy Maquet, to po wprowadzeniu dodatkowych postanowień do treści SIWZ, opis ten został rozszerzony o kolejnych dwóch konkretnych producentów urządzeń, których reprezentują odwołujący, a nie został otwarty na wszystkich potencjalnych wykonawców spełniających warunku udziału w postępowaniu i mogących złożyć oferty. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów dla któregośkolwiek z nich.

Opierając się na powyższych ustaleniach wskazać należy, że ocena złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej oferty wg takiego brzmienia postanowień SIWZ wydaje się być co najmniej utrudniony. Tym samym zasadność pozostawienia takiej treści postanowień SIWZ, winno być przez zamawiającego poddane wnikliwej ocenie. Powyższe uwagi Izby, dotyczące dokonanej zmiany SIWZ mają tylko znaczenie informacyjne dla Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Co miało miejsce w przedmiotowych sprawach.

Dla wywarcia skutku procesowego w postaci umorzenia postępowania odwoławczego, konieczne jest uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dalsze czynności, jakie zamawiający podejmie w związku z uwzględnieniem zarzutów, pozostają bez znaczenia dla ustalenia przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Zatem mając na uwadze, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, znoszą się wzajemnie. Tym samym Izba orzekła o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołujących z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: