

Sygn. akt: KIO 1635/14

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2014 r. przez **wykonawcę – Famed Żywiec Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 34-300 Żywiec**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dra Wł. Biegańskiego, ul. Gen. Władysława Sikorskiego 32, 86-300 Grudziądz**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę – Famed Żywiec Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 34-300 Żywiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę – Famed Żywiec Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 34-300 Żywiec** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dra Wł. Biegańskiego w Grudziądzu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa, montaż i zainstalowanie fabrycznie nowych łóżek szpitalnych, materacy, szafek przyłóżkowych, stanowiących pierwsze wyposażenia oddziałów szpitalnych budynku ambulatoryjno- łóżkowym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 1 sierpnia 2014 r., poz. 2014/S 146-261949. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 11 sierpnia 2014 r. Famed Żywiec Sp. z o.o. w Żywcu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała postanowienia SIWZ i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania poszczególnych części zamówienia, a co za tym idzie niezachowanie uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania poszczególnych części zamówienia, a co za tym idzie zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
3. art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania poszczególnych części zamówienia, a co za tym idzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, względnie:
4. art. 93 ust. 1 pkt 7) Prawa zamówień publicznych w zw. z 387 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania poszczególnych części zamówienia, co powoduje pierwotną niemożliwość realizacji tegoż zamówienia, co z kolei powoduje, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Tymczasem treść ogłoszenia o zamówieniu w pkt Sekcji II, pkt II.3) oraz treść SIWZ w pkt VII oraz w pkt XIX ppkt 2 zawierają niemożliwe do zachowania terminy realizacji poszczególnych części zamówienia. Tak sformułowane zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ powodują, iż wyłącznie wykonawca który w dniu publikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ przystąpiłby do produkcji wszystkich elementów objętych poszczególnymi częściami zamówienia jest w stanie zachować terminy realizacji tychże części. Takie okoliczność wykracza jednakże daleko poza normalną i uzasadnioną praktykę oraz ryzyko gospodarcze, biorąc pod uwagę wszystkie uwarunkowania rynkowe i technologiczne związane z produkcją sprzętu objętego poszczególnymi częściami zamówieniem. W ten sposób dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców albowiem brak racjonalnego uzasadnienia dla konieczności ponoszenia przez wykonawców tak znacznego ryzyka gospodarczego, a polegającego na konieczności wyprodukowania wszystkich egzemplarzy sprzętu w sytuacji gdy dany wykonawca nie może w żadnym stopniu określić czy uda mu się pozyskać przedmiotowe zamówienie i zawrzeć umowę z Zamawiającym. Podkreślenia wymaga też fakt, iż Zamawiający nie ma praw do takiego kształtowania postanowień SIWZ, które nie zapewniają równości stron przyszłej umowy. Ponadto Zamawiający nie może narzucać, mocą zapisów SIWZ, zobowiązań niemożliwych do wykonania. Wskazywał także, że Zamawiający wcześniej unieważnił postępowanie na analogiczny przedmiot zamówienia, w którym wyznaczył termin do stawy na 6 tygodni. Do akt złożył pismo z dnia 22 sierpnia 2014 r., w którym podtrzymał argumentację opisaną w odwołaniu. Załączył do niego m. in. zestawienie terminów, w jakich zamawiający prowadzący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w okresie czerwiec 2014 – lipiec 2014, wyznaczali dostawy (od dwóch tygodni do 100 dni dla łącznie 39 zamówień).

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że gdyby Zamawiający wyznaczył termin realizacji dla wszystkich trzech zadań 30 dni, to by nie złożył odwołania.

Odwołujący wnosil o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści SIWZ w zakresie wskazanych terminów wykonania poszczególnych części zamówienia na zgodne z przepisami Prawa zamówień

publicznych, tj. na terminy realne, możliwe do zachowania, uwzględniające wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie poszczególnych części zamówienia. Jako realny termin wykonania poszczególnych części zamówienia Odwołujący wskazuje termin co najmniej 6 tygodni dla każdego zadania licząc od dnia podpisania umowy z Zamawiającym.

3. Zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wskazanych terminów wykonania poszczególnych części zamówienia na zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, tj. na terminy realne, możliwe do zachowania, uwzględniające wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie poszczególnych części zamówienia. Jako realny termin wykonania poszczególnych części zamówienia Odwołujący wskazuje termin co najmniej 6 tygodni dla każdego zadania licząc od dnia udzielenia zamówienia.
4. Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego dla wykazania, iż wskazane przez Zamawiającego w kwestionowanych przez Odwołującego zapisach ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisach SIWZ terminy wykonania poszczególnych części zamówienia są nierealne, niemożliwe do zachowania.
5. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Wskazywał, że poprzednie postępowanie zostało ogłoszone w dniu 5 marca 2014 r. - wtedy wyznaczył czas dłuższy, który obecnie skrócił, ponieważ zależy mu, aby dostawa łóżek zbiegła się z oddaniem obiektu do użytku. Tymczasem poprzednie postępowanie o udzielenie zamówienia przedłużyło się znaczenie w związku z procedurami odwoławczymi, wskutek których zamawiający był zmuszony unieważnić postępowanie. W nowym postępowaniu wyznaczył terminy odpowiednio krótsze, tym razem dopasowane do zadań, na które podzielono zamówienie. W poprzednim postępowaniu wyznaczono jeden termin wspólny dla dostawy wszystkich łóżek. Obecnie wskazany termin realizacji jest konieczny ze względu na dobro pacjentów - nie wynika z chęci ograniczenia konkurencji. Podnosił, że terminy są realne, ponieważ nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Podkreślał, że nie zamawia produkcji łóżek, ale standardowy produkt, choć wysokiej jakości, to z katalogu - o standaryzowanych parametrach. Przy czym oświadczał, że nie zamierza się upierać przy parametrach i na wnioski wykonawców w tym zakresie odpowiada pozytywnie. Podnosił, że z zestawienia terminów, przedłożonego przez Odwołującego przy piśmie z dnia 22 sierpnia 2014 r., wynikają terminy znacznie krótsze, niż termin postulowany przez niego we wnioskach odwołania. Stwierdzał, że krótkie terminy nie są wymierzone w Odwołującego, a wynikają z uwarunkowań.

Zauważał, że Odwołujący sam sobie przeczy, ponieważ w odwołaniu postulował termin 6-tygodniowy, a na rozprawie oświadczył, że wystarczy 30 dni. Stwierdzał, że dostosował terminy realizacji do stopnia skomplikowania poszczególnych zadań.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić, ponieważ Odwołujący nie udowodnił swoich racji; ze stanowiska Odwołującego wynika, że możliwy jest krótszy termin realizacji zamówienia, niż postulowany przez niego w odwołaniu termin 6 tygodni.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż i zainstalowanie fabrycznie nowych łóżek szpitalnych, materacy, szafek przyłóżkowych, stanowiących pierwsze wyposażenia oddziałów szpitalnych w budynku ambulatoryjno-łóżkowym.
2. Zamówienie podzielone jest na trzy części (zadania), dla których określono odrębne terminy realizacji (odpowiednio – 30, 20 i 10 dni).
3. Odwołujący twierdził w odwołaniu, że termin realizacji zamówienia jest zbyt krótki, nierealny. Przy piśmie procesowym z dnia 22 sierpnia 2014 r. złożył dokumenty, mające potwierdzać jego argumentację.

Dokumenty można podzielić na 4 grupy:

- 1) potwierdzające stopień skomplikowania łóżek i fakt, że są dedykowane dla konkretnego odbiorcy, przygotowywane, bądź produkowane indywidualnie według potrzeb,
 - 2) potwierdzające praktykę rynkową (korespondencja e-mailowa, dotycząca optymalnych bezpiecznych terminów realizacji - w tym w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski),
 - 3) zestawienie zamówień publicznych – prowadzone postępowania w okresie czerwiec - lipiec na analogiczne podmioty zamówienia, wskazujące rozsądne – według Odwołującego - terminy realizacji (od dwóch tygodni do 100 dni).
 - 4) wyciąg z SIWZ poprzedniego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia z sześciotygodniowym terminem realizacji.
4. Zamawiający oświadczył, że termin realizacji zamówienia dostosował do czasu otwarcia oddziałów.

5. Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że gdyby Zamawiający wyznaczył termin realizacji dla wszystkich trzech zadań 30 dni, to by nie złożył odwołania.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, że terminy wskazane przez Zamawiającego są niemożliwe do dotrzymania.

Odwołujący w odwołaniu wnosił o powołanie biegłego „dla wykazania, iż wskazane przez Zamawiającego w kwestionowanych przez Odwołującego zapisach ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisach SIWZ terminy wykonania poszczególnych części zamówienia są nierealne, niemożliwe do zachowania”, nie wskazując specjalności, w jakiej biegły miałby być powołany. Izba stwierdziła, że wobec dowodów przedstawionych przez Odwołującego powołanie biegłego nie jest konieczne dla rozstrzygnięcia – ponieważ z argumentacji samego Odwołującego wynikało, że wbrew jego stanowisku możliwy jest krótszy termin realizacji, niż 6 tygodni (Odwołujący oświadczył na rozprawie, że wystarczyłoby 30 dni, z przedłożonego przez niego zestawienia terminów wynikało, że inni zamawiający wyznaczają terminy również 14 dniowe, z jego korespondencji z producentami łóżek z kolei mogło wynikać, że 6-tygodniowy może być skrócony).

Rzeczywiście terminy wyznaczone przez Zamawiającego są krótkie – ale, aby uwzględnić zarzuty odwołania, Odwołujący musiałby udowodnić, że wskazane w SIWZ terminy realizacji są obiektywnie niemożliwe do dochowania. Jednak Odwołujący nie udowodnił swoich racji, a jego argumentacja była niespójna i nie prowadziła do ustalenia, jaki jest faktyczny minimalny realny termin realizacji zamówienia. Z prezentowanego przez niego stanowiska wynikało, że termin realizacji poniżej 6 tygodni jest możliwy. Odwołujący mianowicie złożył (przy piśmie z dnia 22 sierpnia 2014 r.) zestawienie terminów, z których wynikało, że dla dostawy łóżek szpitalnych praktyką jest, że zamawiający prowadzący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w okresie czerwiec 2014 – lipiec 2014, wyznaczali terminy dostawy od dwóch tygodni do 100 dni. Nie było to zatem zgodne z jego postulatem o nakazanie Zamawiającemu wskazania w SIWZ sześciotygodniowego terminu realizacji. Odwołujący powoływał się na praktykę w zakresie wyznaczania terminów realizacji – obok powyższego zestawienia, przedstawił korespondencję mailową z innymi przedsiębiorcami (producentami łóżek), gdzie wskazywano przeważnie średni standardowy termin realizacji (6-8 tygodni). Jednak powoływanie się na powyższe terminy również nie może dowodzić, że terminy wskazane w SIWZ są niemożliwe do dochowania. „Praktyka” czy „standardowe” terminy nie są przesądzają, że krótsze terminy są niemożliwe do dochowania w każdych okolicznościach dla każdego wykonawcy. Tym bardziej, że korespondenci nie stwierdzają kategorycznie, że krótsze terminy są obiektywnie nierealne – przeciwnie, w mailu z dnia 19 sierpnia 2014 r. stwierdzono, że „to jest niemożliwe bez posiadania bardzo wysokich poziomów zapasów” – co oznacza, że w pewnych sytuacjach

krótsze terminy realizacji dostaw są możliwe. Odwołujący na rozprawie sam oświadczył, że „gdyby Zamawiający wyznaczył termin realizacji dla wszystkich trzech zadań na 30 dni, to by nie złożył odwołania”. Takie oświadczenie można traktować jak wycofanie zarzutów odwołania wobec pierwszej części zamówienia (dla tej części Zamawiający wyznaczył termin realizacji właśnie 30 dni). Równocześnie przeczy to argumentacji wynikającej z odwołania, iż minimalny termin realizacji to 6 tygodni. Temu stanowisku przeczy także zestawienie terminów, na które się powoływał Odwołujący przy piśmie z dnia 22 sierpnia 2014 r. – z przedstawionej tam praktyki zachowań innych zamawiających wynika, że najkrótszy termin realizacji wynosi 2 tygodnie – a więc jest zbliżony do najkrótszego z terminów wymaganych przez Zamawiającego (dla zadania trzeciego). A zatem dowody przedstawione przez Odwołującego nie potwierdzały, że wyznaczone przez Zamawiającego terminy są nierealne, niemożliwe do dochowania; nie potwierdzały również, że minimalny termin realizacji dostaw to postulowany przez Odwołującego termin 6 tygodni.

Należy również zauważyć, że choć wydaje się, że Odwołujący rozróżniał stopień skomplikowania poszczególnych części zamówienia, to jednak nie proponował zróżnicowanych terminów, dla każdej części zamówienia osobno, w zależności od stopnia komplikacji dostawy w ramach danego zadania. Izba - jeżeli zarzuty odwołania by się potwierdziły - nie mogłaby, bez wniosku Odwołującego w tym zakresie, samodzielnie poszukiwać terminów właściwych dla realizacji każdego z trzech zadań – w przypadku uwzględnienia odwołania należałoby nakazać Zamawiającemu jednoznacznie, za pomocą określenia terminów w dniach, wydłużenie terminów realizacji każdego z trzech zadań. Co przyznał sam Odwołujący na rozprawie, możliwy jest termin realizacji zamówienia, w odniesieniu do wszystkich trzech części, krótszy niż 6 tygodni (skoro Odwołujący oświadczył, że gdyby Zamawiający wyznaczył termin realizacji dla wszystkich trzech zadań 30 dni, to by nie złożył odwołania). Odwołujący jednak nie postulował odrębnych terminów dla każdego z trzech zadań.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie mogła stwierdzić, że doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych opisywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....