

Sygn. akt: KIO 1086/13

WYROK
z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśników

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 maja 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Henry Kruse Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Kolejowa 3, 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Henry Kruse Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Kolejowa 3, 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Henry Kruse Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Kolejowa 3, 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Henry Kruse Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Kolejowa 3, 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie** na rzecz zamawiającego **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa 44** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa środków antyseptycznych i dezynfekcyjnych, produktów do pielęgnacji skóry i rak, a także implantów oraz innych wyrobów medycznych« pakiet nr XI.

28.12.2012 r. pod poz. 2012/S 249-412471 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **29.04.2013 r.** o:

- 1) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp;
- 2) zaniechaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Henry Kruse Sp. z o.o. z Bielani Wrocławskich ul. Kolejowa 3.

Wykonawca **Henry Kruse Sp. z o.o., ul. Kolejowa 3 (Bielany Wrocławskie), 55-040 Kobierzyce** zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **09.05.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na niezgodne z ustawą:

- 1) dokonanie przez zamawiającego z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki do unieważnienia postępowania, czym zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 7 Pzp;
- 2) zaniechanie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty;

3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa procesowego.

Argumentacja odwołującego

29 kwietnia 2013 r. odwołujący od zamawiającego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Z zawiadomienia wynika, że zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na wypełnienie przesłanki określonej art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jednocześnie zamawiający wskazał uzasadnienie faktyczne przez przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji i ogranicza dostęp wykonawców do uzyskania zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone 2 oferty: odwołującego za cenę 257.644,80 zł – na produkt Actichlor Plus firmy Ecolab (Niemcy) oraz wykonawcy Medim Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 45b za cenę 131.803,20 zł – na produkt Javel Plus firmy Oxena (Francja). Przeznaczenie (zastosowanie) produktów oferowanych przez obu wykonawców jest identyczne.

Postawione przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymagania posiadania jednorodnej struktury i działania na przetrwalniki *Clostridium Difficile* ograniczają wykonawców do zaoferowania wyłącznie produktu Actichlor Plus firmy Ecolab chociaż nie mają decydującego znaczenia dla wartości użytkowych towaru, a powinny raczej stanowić element oceny jakościowej. W świetle klauzuli **art. 146 ust. 6 Pzp** przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza art. 29 ust. 2 Pzp i fundamentalną zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, wg odwołującego, czynność unieważnienia postępowania jest wadliwa i dokonana z naruszeniem przepisów ustawy wymienionych w żądaniach. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tylko i wyłącznie, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W aktualnym stanie faktycznym nie jest prawdą, że wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia odnoszące się do jednorodnej struktury i działania na przetrwalniki *Clostridium Difficile* spełnia tylko i wyłącznie jeden produkt Actichlor Plus wytwórcy Ecolab powodując, że naruszone zostały zasady udzielania zamówień określone przepisami art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, gdyż takie same wymogi spełnia również produkt Chlor-Clean wytwórcy Guest Medical z Wielkiej Brytanii, którego dystrybutorem w Polsce jest Medilab Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Niedźwiedzia 50 (ulotka informacyjna w załączeniu).

Powoduje to, że nie wystąpiła faktyczna przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wypełnia więcej niż jeden produkt wskazany przez zamawiającego i zaoferowany przez odwołującego. Podmiot Ecolab Sp. z o.o., będąc w Polsce przedstawicielem wytwórcy Ecolab, nie realizuje na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bezpośredniej sprzedaży, lecz przez kilkudziesięciu dystrybutorów działających na terenie całego terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez żadnych ograniczeń terytorialnych, co dodatkowo wskazuje na brak naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż każdy z tych podmiotów mógł złożyć ofertę w tym postępowaniu.

Do tego kręgu potencjalnych wykonawców należy dodać podmioty zajmujące się dystrybucją (sprzedażą) produktu Chlor-Clean, co czyni zadość przepisom zawartym w art. 7 i art. 29 ust. 2 Pzp.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za wadliwością uzasadnienia faktycznego (opisu przedmiotu zamówienia) mającego wypełnić naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp jest fakt, że przedmiotowe postępowanie nie jest skierowane tylko i wyłącznie do wykonawców działających na terytorium RP, lecz również dla podmiotów z obszaru Unii Europejskiej, gdzie występują również inne produkty spełniające wymagania zamawiającego określone w specyfikacji.

Konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp aktualizuje się, gdy dojdzie do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Dopiero ta wada postępowania, może skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania musi być na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a nie jakakolwiek wada postępowania. Konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy stwierdzoną wadą, a niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi swoiste przyrzeczenie publiczne uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę najkorzystniejszą zgodną z warunkami i wymaganiami postępowania oraz specyfikacją, a art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp kreuje obowiązek zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiąc, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie można tego stwierdzić w rozpoznawanym postępowaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest **obiektywnie niemożliwe**.

W przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka nie ma miejsca, ponieważ zamawiający może zawrzeć umowę z odwołującym.

Nie można również przyjąć, że w aktualnym stanie faktycznym zaistniało naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **09.05.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego (dowód nr 1) oświadczenie Andrzeja Oklińskiego, z którego zamawiający wywodzi, że wykonawca Medilab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie miał możliwości złożenia ofert w przetargu ze względu na wymaganą wielkość opakowań po 150 tabletek, a wykonawca ten dysponuje opakowaniami po 200 sztuk – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy

nie zaistniały wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przesłanki do unieważnienia postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający 29 kwietnia 2013 r. zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego«.

Zamawiający umotywował unieważnienie postępowania sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, czyli z naruszeniem art. 29 ust. 2 Pzp, który brzmi »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję«.

Zamawiający wskazał, że bezzasadnie wymagał posiadania [1] jednorodnej struktury i [2] działania preparatu na przetrwalniki *Clostridium Difficile*. W trakcie rozprawy zamawiający również wskazał bezzasadność wymagania [3] oferowania preparatu w opakowaniach po 150 sztuk.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający tworząc opis przedmiotu zamówienia powinien się skupić na zastosowaniu preparatu z uwzględnieniem cech koniecznych do spełnienia dla zamawiającego. Zamawiający nie może wymagać w opisie przedmiotu zamówienia cech przedmiotu zamówienia zbędnych lub cech niemających znaczenia dla spełniania celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia.

Przedmiotem zamówienia w pakiecie XI jest preparat chlorowy w tabletkach posiadający istotne cechy, którymi są: [1] właściwości myjąco-dezynfekcyjne, [2] przeznaczenie do mycia dużych powierzchni zmywalnych, również zanieczyszczonych materiałem biologicznym, [3] rozpuszczalność w wodzie, z możliwością przygotowania roztworu w pełnych litrach wody np. 1 tabletką na 1 litr wody, [4] określone spektrum działania z możliwością działania na spory w czasie do 15 minut. Ponadto przedmiotem zamówienia jest preparat posiadający ten sam związek, ale w postaci granulatu i w stosunku do tego segmentu zamówienia nie było zastrzeżeń.

Ponadto zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia cechy nieistotne, które zamawiający uznał, że bezzasadnie zażądał, co utrudniło uczciwą konkurencję. Właściwościami nieistotnymi, a utrudniającymi uczciwą konkurencję były:

- 1) jednorodna struktura preparatu;
- 2) działanie preparatu na przetrwalniki *Clostridium Difficile*;
- 3) opakowania po 150 sztuk.

Ad 1. Struktura tabletek preparatu nie wpływa na spełnienie istotnego celu, jakim jest rozpuszczalność w wodzie oraz na pozostałe prymarne funkcje. Dlatego zamawiający uznał,

że powinien zrezygnować z wymagania tej cechy przedmiotu zamówienia, a jej wpisanie do specyfikacji powoduje, że zamówienie należy unieważnić.

Ad 2. Państwowy Zakład Higieny w Warszawie jako organizmy testowe dla określenia działania sporobójczego określił w opracowaniu „Informacja VIII. Preparaty dezynfekcyjne pozytywnie zaopiniowane przez PZH przeznaczone do stosowania w zakładach opieki zdrowotnej”. Zostały tam wskazane nazwy kilku drobnoustrojów, jako testowe dla laboratoriów. W związku z nieuwzględnieniem tego opracowania w opisie przedmiotu zamówienia i wprowadzając bez uzasadnionej potrzeby nazwy innego gatunku, zamawiający ograniczył zakres ofertowanych produktów i nie zyskał jednocześnie innych, nowych właściwości preparatu. Dlatego zamawiający uznał, że powinien zrezygnować z wymagania tej cechy przedmiotu zamówienia, a jej wpisanie do specyfikacji powoduje, że zamówienie należy unieważnić.

Ad 3. Zamawiający nie widzi żadnego uzasadnienia dla wymagania określonej wielkości opakowań preparatu. Natomiast z pisma jednego z potencjalnych wykonawców wynika, że wymagana wielkość opakowań uniemożliwiła złożenie oferty, czyli faktycznie nieuzasadniony niczym wymóg dostarczenia preparatu w określonej wielkości opakowaniach utrudnił uczciwą konkurencję. Dlatego zamawiający uznał, że powinien zrezygnować z wymagania tej cechy przedmiotu zamówienia, a jej wpisanie do specyfikacji powoduje, że zamówienie należy unieważnić.

Odwołujący nie dowiódł zasadności wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia wymogu wyżej omówionych cech preparatu. W związku z tym skład orzekający Izby uznał, że zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki – nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może się ostać zarzut zaniechanie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....