

Sygn. akt KIO/UZP 1037/09

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Wytwórczo - Usługową „MEDILAB” Sp. z o.o., ul. Wasilkowska 51, 15-117 Białystok** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Bielsku - Białej, al. Armii Krajowej 101, 43-316 Bielsko-Biała** protestu z dnia 29 czerwca 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Getinge Poland Sp. z o.o., ul. Lirowa 27, 02-387 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej, al. Armii Krajowej 101, 43-316 Bielsko-Biała** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Firmę Wytwórczo-Uslugową „MEDILAB” Sp. z o.o., ul. Wasilkowska 51, 15-117 Białystok**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej, al. Armii Krajowej 101, 43-316 Bielsko-Biała** na rzecz **Firm Wytwórczo-Uslugowej „MEDILAB” Sp. z o.o., ul. Wasilkowska 51, 15-117 Białystok** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmy Wytwórczo-Uslugowej „MEDILAB” Sp. z o.o., ul. Wasilkowska 51, 15-117 Białystok**.

U z a s a d n i e

Zamawiający - Szpital Wojewódzki w Bielsku - Białej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 2 sztuk sterylizatorów parowych, 3 sztuk myjni - dezynfektorów i zgrzewarki dla Centralnej Sterylizatorni Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku - Białej.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058) zwaną dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 72 -104410 w dniu 15.04.2009 roku.

W dniu 29.06.2009 r. Odwołujący - Medilab Firma Wytwórczo - Usługowa sp. z o.o. złożył protest na czynność zamawiającego z dnia 18 czerwca 2009 roku polegającą na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz na wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 25 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał treść pkt IV siwz ppkt 9, gdzie zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący wyjaśnił, że wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych dostaw, zawierający 15 pozycji, który jednak dla zamawiającego okazał się niewystarczający, bowiem zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu doświadczenia, wskazując, że z dołączonego do oferty nie wynika, że Odwołujący zrealizował dostawę sterylizatora.

W wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wyjaśnił, że wymagany w siwz wykaz i referencje złożył wraz z ofertą. Dodatkowo uzupełnił wykaz o zrealizowaną dostawę sterylizatora wraz referencjami.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą specjalizującym się od 20 lat w świadczeniu dostaw, będących przedmiotem niniejszego postępowania, obejmujących produkty oraz urządzenia do dezynfekcji i sterylizacji dla obszaru medycznego. Złożony przez niego w ofercie wykaz obejmuje 15 zrealizowanych dostaw odpowiadających rodzajowo dostawom, będącym przedmiotem zamówienia, zrealizowanych na rzecz szpitali i ZOZ-ów wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte zrealizowanie i uwzględnił dostawy objęte tym samym kodem CPV, co dostawy będące przedmiotem niniejszego zamówienia, tj. urządzenia sterylizujące, dezynfekcyjne i higieniczne.

Odwołujący wskazał na ugruntowane stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym norma art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter blankietowy i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający powinien dokonać opisu warunków udziału w postępowaniu i sprecyzować swoje oczekiwania w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy, wskazując, jakie

doświadczenie uzna za wystarczające dla oceny możliwości należytego wykonania zamówienia publicznego, czego w niniejszym postępowaniu nie uczynił. Zamawiający nie określił jakie dostawy rozumie za odpowiadające rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, nie określił też minimalnej liczby wymaganych dostaw ani ich minimalnej wartości, wystarczających do oceny posiadania przez potencjalnych wykonawców „niezbędnego” doświadczenia. Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu całkowicie arbitralnie i subiektywnie, czego negatywne konsekwencje ponoszą wykonawcy. Dopiero w wezwaniu do uzupełnienia oferty Zamawiający sprecyzował, że oczekiwał wykazania się zrealizowaniem dostawy sterylizatora, nie określając jednak w tym wezwaniu wartości dostaw, która będzie wystarczająca dla oceny spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia.

Odwołujący podniósł również, że wymaganie wykazania się doświadczeniem rozumianym jako zrealizowanie dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (tożsamy, identycznych) jest w orzecznictwie uznawane za warunek nadmiernie ograniczający uczciwą konkurencję. Podsumowując wskazał, że wobec nie sprecyzowania przez zamawiającego co należy rozumieć poprzez dostawę odpowiadającą swoim rodzajem dostawie będącej przedmiotem zamówienia, uprawnione jest przekonanie odwołującego, że wykazanie się dostawami objętymi tym samym kodem CPV, co dostawy będące przedmiotem zamówienia jest wystarczające dla oceny spełnienia warunku w zakresie doświadczenia. Wymagane doświadczenie powinno być bowiem rozumiane jako umiejętność zdobyta i ugruntowana w praktyce, nabycie wprawy, biegłość, mająca znaczenie dla należytego wykonania konkretnego zamówienia publicznego a nie wykonanie dokładnie takich samych dostaw, jak będące przedmiotem zamówienia albo dostaw tylko niektórych urządzeń spośród objętych przedmiotem zamówienia z pominięciem pozostałych, równie istotnych (wyrok SO Warszawa-Praga z dnia 05.08.2005 r., sygn. akt IV Ca 239/05).

W dniu 1 lipca 2009 roku, na wezwanie zamawiającego do postępowania wywołanego protestem zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego Getinge Polnad Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2009 roku protest oddalił, wskazując, że w siwz zostało jednoznacznie określone, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, którego potwierdzeniem jest m.in. wykonanie dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Argumentacja zawarta w proteście dotycząca treści siwz jest, w ocenie zamawiającego spóźniona z uwagi na przepis art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykonawca nie dołączył do swojej oferty wykazu wykonanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. nie wykazał, że zrealizował dostawę sterylizatora odpowiadającego przedmiotowi zamówienia. W związku

z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożony przez odwołującego w ofercie i w wyniku uzupełnienia wykaz dostaw nie spełnia wymogu doświadczenia określonego w siwz. Dostawa sterylizatora Statim 5000, uzupełniona w wyniku wezwania jest dostawą o wartości wielokrotnie niższej niż wartość sterylizatora oferowanego w ofercie i nie spełnia wymogu określonego przez zamawiającego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą wyraz „odpowiadający” należy rozumieć jako „spełniający określone warunki, nadający się do harmonizacji, podobny do czegoś”. Nie ulega wątpliwości, że takiego „podobieństwa” odwołujący w zakresie dostaw nie wykazał.

Zamawiający wskazał, że nie dopatrył się wady postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 20 lipca 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wykazując że jego interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności *ex tunc* z powodu wady postępowania, którą jest wadliwy opis warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny spełniania tych warunków. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Getinge Poland sp. z o.o.,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
3. ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej

ewentualnie:

1. nakazanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z tym, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy z uwagi na brak możliwości dokonania prawidłowej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu;

oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 29 lipca 2009 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swoje przystąpienie wykonawca Getinge Poland Sp. z o.o. z wnioskiem o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania, postanowień siwz, oferty odwołującego oraz jej uzupełnienia a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 2 sztuk sterylizatorów parowych, 3 sztuk myjni - dezynfektorów i zgrzewarki dla Centralnej Sterylizatorni Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku-Białej.

Przedmiot zamówienia został opisany kodem CPV o numerze 33 19 10 00 - 5 obejmującym urządzenia sterylizujące, dezynfekcyjne i higieniczne.

Zgodnie z protokołem ZP - 1 wartość szacunkowa zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę 982 243 zł netto.

W dziale III siwz „Warunki wymagane od wykonawców”, zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy złożą ważną i odpowiednią ofertę oraz spełniają następujące wymogi:

- a. spełniają warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp
- b. wnieśli wadium,
- c. zapoznali się z warunkami zawartymi w siwz wraz z jej załącznikami oraz przyjęli je bez zastrzeżeń.

W dziale IV siwz pkt 9, zamawiający wymagał załączenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odwołujący przedłożył wraz z ofertą wykaz 15 zamówień wraz ze stosownymi referencjami, które obejmowały dostawy myjni dezynfektorów do endoskopów, myjni chirurgicznych DS o wartościach jednostkowych od ok. 118 tys. zł do ok. 15 tys. zł.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 czerwca 2009 roku, odwołujący wyjaśnił, że załączony do oferty wykaz dostaw wraz z referencjami potwierdza doświadczenie w realizacji dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Dodatkowo odwołujący przedłożył uzupełniony wykaz,

obejmujący dostawę sterylizatora Statim 5000 S na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku o wartości 24 550, 01 zł.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, których uwzględnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Ewentualne uwzględnienie zarzutów, zgłoszonych w odwołaniu, stwarza możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia, bowiem jego oferta jest ofertą niższą cenowo, w jedynym kryterium oceny ofert jaki jest cena.

Warunek w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, określony w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter nieostry i blankietowy a na zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego określenia wymogów, które w jego ocenie, w sposób wystarczający potwierdzają posiadane przez wykonawców doświadczenie i gwarantują, że zamówienie zostanie wykonane w sposób należyty.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający, dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu odesłał jedynie do treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wymagając od wykonawców w dziale IV pkt 9 siwz, załączenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Bezsporne jest zatem to, że zamawiający nie sprecyzował swoich wymogów przez wskazanie odpowiedniej ilości, wartości czy rodzaju zrealizowanych dostaw, które w jego ocenie będą potwierdzać w sposób wystarczający doświadczenie zawodowe wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Opisując warunek udziału w postępowaniu posłużył się sformułowaniem ogólnym, odsyłając do art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego do postępowania odwoławczego, wyrażonym w toku rozprawy, że dla spełnienia wymogów w zakresie doświadczenia zawodowego należało wykazać się

realizacją co najmniej jednego zamówienia, obejmującego dostawę sterylizatora o wartości ok. 200 tys. zł. Wymóg ten nie znajduje oparcia w treści ogłoszenia i siwz udostępnionej wykonawcom, jego sprecyzowanie na etapie oceny ofert należy uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, która obliguje zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w siwz.

Zamawiający dopiero w piśmie z dnia 15 czerwca 2009 roku, wzywającym do uzupełnienia oferty odwołującego, ujawnił swoje oczekiwania co do wymaganego doświadczenia, wskazując że cyt. „z wykazu dołączonego do oferty przez Wykonawcę nie wynika, że zrealizował dostawę sterylizatora”. Takie działanie zamawiającego i sformułowanie, już po otwarciu ofert, odmiennego niż wskazany w treści ogłoszenia i siwz warunku udziału w postępowaniu jest niezgodne z przepisami ustawy i nie zasługuje na uznanie.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, warunki udziału w postępowaniu winny być sprecyzowane w sposób jasny i przejrzysty i podane do wiadomości już na etapie ogłoszenia i publikacji siwz, tak aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu mieli pewność, czy spełniają oczekiwania zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołujący potwierdził w ofercie należyte wykonanie 15 dostaw, których łączna wartość jest wartością porównywalną z wartością przedmiotowego zamówienia. Zamówienia te obejmują dostawy różnego rodzaju myjni - dezynfektorów do endoskopów, myjni chirurgicznych, co odpowiada przedmiotowi zamówienia, który obejmuje również dostawę tego rodzaju aparatury a ponadto jest zgodne ze wskazanym w siwz kodem CPV 33191000-5.

Podkreślić należy, że zamawiający nie sformułował w siwz wymogu co do wykazania się dostawą sterylizatora. Niezależnie od tego, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, odwołujący wykazał się realizacją dostawy sterylizatora o wartości 24 550 zł. Wobec braku sprecyzowania wymogów co do wartości, rodzaju i ilości zamówień, potwierdzających należyte doświadczenie stanowisko zamawiającego przedstawione na rozprawie, że oczekiwał wykazania się realizacją sterylizatora o wartości 200 tys. zł o parametrach podobnych do objętego przedmiotem zamówienia nie znajduje uzasadnienia. Izba uznała, że w świetle niesprecyzowania pojęcia dostaw „o podobnym rodzaju i wartości” i braku wskazania, że wykonawcy winni wykazać się dostawą sterylizatora o konkretnej wartości i porównywalnych z przedmiotem zamówienia parametrach, bez znaczenia dla oceny rozpatrywanego stanu faktycznego pozostają wskazywane przez zamawiającego i przystępującego różnice techniczne w tzw. sterylizatorach „dużych” (objętych przedmiotem zamówienia) a sterylizatorach „małych” (ujętych w wykazie odwołującego). Zatem wydruki ze stron internetowych, foldery reklamowe złożone do akt przez zamawiającego

i przystępującego, jako dowody na okoliczność wykazania różnic technicznych pomiędzy dwoma rodzajami sterylizatorów, w świetle braku określenia warunku co do wymaganego doświadczenia, Izba uznała za zbędne dla rozstrzygnięcia sporu.

Podsumowując Izba uznała, że wykazanie się przez wykonawcę aż 16 realizacjami obejmującymi dostawy różnego rodzaju myjni - dezynfektorów, urządzeń sterylizujących i dezynfekcyjnych, a także sterylizatora, których łączna wartość jest wartością zbliżoną do wartości szacunkowej zamówienia, należy uznać za porównywalne i zbieżne tak co do rodzaju jak i wartości z przedmiotem zamówienia i spełniające jedynie ogólnie postawiony wymóg co do doświadczenia zawodowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku - Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*