

Sygn. akt: KIO 2184/17

WYROK
z dnia 31 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2017 r. przez Wykonawcę **MVS Sp. z o.o., (ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdnicy, (ul. Leśna 27-29, 58-100 Świdnica)**

przy udziale Wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., (ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **MVS Sp. z o.o., (ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego **MVS Sp. z o.o., (ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Świdnicy**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdnicy prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie usług serwisowych oraz naprawy aparatury medycznej.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 12 października 2017 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 601127-N-2017.

Odwołujący MVS sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowym sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie: postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zawartego w sekcji IV.2) II.4) postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zawartego w sekcji IV.2) KRYTERIA OCENY OFERT o treści: IV. 2.1) Kryteria oceny ofert: cena 60,00, posiadanie autoryzacji producenta 40,00, postanowień zawartych w pkt 1, III rozdziału SIWZ o treści: Przedmiotem zamówienia jest usługa serwisowa - przeglądy techniczne wg wymogów producenta oraz naprawy aparatury medycznej firmy GE Healthcare, postanowień zawartych w pkt 1, XVII rozdziału SIWZ: Zamawiający będzie ocenił oferty według następujących kryteriów: I KRYTERIUM - CENA / WAGA - 60%, II KRYTERIUM - Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta – firmy GE/WAGA - 40% - posiadanie autoryzacji - 10 pkt, brak autoryzacji - 0 pkt, postanowień zawartych w pkt 2, XVII rozdziału SIWZ pt.: o treści: *Wykonawca w celu uzyskania punktów w Kryterium "Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta - firmy GE" musi dołączyć do oferty dokument potwierdzający posiadanie przez niego autoryzacji producenta urządzeń medycznych (firmy GE) na wykonywanie przez niego usług serwisowych w podanym zakresie. Brak załączenia dokumentu skutkować będzie przyznaniem 0 pkt, bez względu na to czy Wykonawca dysponuje takim dokumentem, postanowień zawartych w Załączniku nr 5 do SIWZ: „Usługa serwisowa - przeglądy techniczne wg wymogów producenta oraz naprawy z kosztami wszystkich części zamiennych aparatury medycznej firmy GE Healthcare” część II pt. SZCZEGÓŁOWY OPIS ZADAŃ, pkt 1 o treści: *Przedmiotem zamówienia jest pogwarancyjna obsługa serwisowa aparatury medycznej firmy GE zgodnej z załącznikiem nr 1 polegająca na wykonywaniu przeglądów technicznych i napraw oraz utrzymaniu w pełnej sprawności technicznej wymienionych wyżej urządzeń będących w użytkowaniu Zamawiającego, postanowień zawartych w Załączniku nr 7 do SIWZ pt. Umowa Nr EA/23/2017, § 1 o treści: usługa serwisowa - przeglądy techniczne wg wymogów producenta oraz naprawy aparatury medycznej firmy GE Healthcare, polegająca na wykonywaniu przeglądów technicznych i napraw oraz utrzymaniu w pełnej sprawności technicznej urządzeń będących w użytkowaniu**

Zamawiającego wyszczególnionych w załączniku do umowy.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 2 i ust. 3 w związku z Art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy w sposób utrudniający uczciwą konkurencję polegające na przyznaniu preferencji usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu i tym samym ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych i określeń wskazujących na konkretne pochodzenie produktu (GE Healthcare), co w związku z zawartym w SIWZ kryterium wyboru ofert prowadzi do preferencji usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu nie zachodziły przesłanki uzasadniające dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych i określeń wskazujących na pochodzenie, naruszenie art. art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie Zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez zapewnienie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, usunięcie kryterium oceny ofert odnoszących się do posiadania przez Wykonawcę autoryzacji producenta lub modyfikację sposobu oceny ofert w ramach tego kryterium oceny w sposób zapewniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia posługując się nazwą własną, tj. znakiem towarowym konkretnego producenta (GE Healthcare). Podkreślił, że jedynie w wyjątkowych sytuacjach można przy opisie przedmiotu zamówienia posługiwać się określeniami wskazującymi na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, tj. jeżeli kumulatywnie zostaną spełnione przesłanki określone w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzające, iż: posłużenie się znakiem towarowym jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie aktualizują się przesłanki uzasadniające zastosowanie opisanego powyżej wyjątku. Jak dalej argumentował Odwołujący, w konsekwencji tak opisanego przedmiotu zamówienia Zamawiający zastosował w celu oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej kryteria oceny prowadzące do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców: I kryterium

cena - 60%, II kryterium - posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta - 40% (posiadanie autoryzacji - 10 pkt, brak autoryzacji - 0 pkt).

W celu uzyskania punktów w Kryterium „Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta - firmy GE”, Wykonawca musi dołączyć do oferty dokument potwierdzający posiadanie przez niego autoryzacji producenta urządzeń medycznych (firmy GE) na wykonywanie przez niego usług serwisowych w podanym zakresie. Brak załączenia dokumentu skutkować będzie przyznaniem 0 pkt bez względu na to, czy Wykonawca dysponuje takim dokumentem.

Zdaniem Odwołującego, kwestia takiego określenia kryteriów oceny ofert wynika bezpośrednio z opisu przedmiotu zamówienia i prowadzi do uprzywilejowania wykonawcy będącego producentem, tj. firmy GE. Jak dalej argumentował Odwołujący, takie kryterium wyboru oferty będące nieodzowną częścią przedmiotu zamówienia ogranicza w rażący sposób konkurencję do jednego podmiotu funkcjonującego na rynku usług serwisowych tego rodzaju urządzeń i powoduje nierówne traktowanie potencjalnych wykonawców. Wykonawca nieautoryzowany nie będzie w stanie przygotować wyceny bez podania rażąco niskiej ceny. Powyższe prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców i tym samym narusza zasadę równości wykonawców.

W zakresie zarzutu dotyczącego art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wskazał, że postanowieniami odnośnie warunków udziału lub określonych parametrów, Zamawiający może spowodować wyeliminowanie poszczególnych wykonawców mogących złożyć ofertę, ale nie spełniających poszczególnych kryteriów dotyczących specyfikacji zamówienia. Tego typu działanie jest dopuszczalne, ale ograniczeniem swobody Zamawiającego jest właśnie zasada uczciwej konkurencji. Ma ona zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu żaden wykonawca nie ma możliwości złożenia oferty w sposób, który mógłby konkurować z ofertą pochodzącą od Wykonawcy, będącym przedstawicielem producenta materiałów urządzeń, których dotyczy zamówienie publiczne. Ewentualne nabycie towarów jest uzależnione od autoryzowanych przez producenta podmiotów, które faktycznie są konkurentami takiego wykonawcy.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie usług w zakresie usług serwisowych oraz naprawy aparatury medycznej. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób: Przedmiotem zamówienia jest usługa serwisowa - przeglądy techniczne wg wymogów producenta oraz naprawy aparatury medycznej firmy GE Healthcare.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podnosząc, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia posługując się nazwą własną, tj. znakiem towarowym konkretnego producenta (GE Healthcare).

W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezzasadny. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Z ww. przepisu wyraźnie wynika, że zamawiający może posłużyć się znakiem towarowym, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą innych określeń. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby, bezpodstawne jest usunięcie wskazania znaku towarowego z przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy produkt konkretnego producenta jest już w posiadaniu Zamawiającego i ma być serwisowany. Przeciwnie, gdyby Zamawiający nie wskazał dokładnie, jakiego producenta urządzenie ma być serwisowane, mogło by się to spotkać z zarzutem, że opis przedmiotu zamówienia jest zbyt ogólny i nie pozwala na złożenie oferty, w sytuacji gdy nie wiadomo, jaki konkretnie produkt ma podlegać serwisowi.

Podkreślić należy, że w niniejszym postępowaniu znak handlowy nie determinuje tego, co jest przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie objął odwołaniem postanowień załącznika nr 5 do SIWZ, a to właśnie w tym załączniku Zamawiający opisał, co rozumie przez przeglądy techniczne i naprawy, które stanowią przedmiot zamówienia. Tym samym, na podstawie tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia, ofertę może złożyć każdy podmiot, bowiem tak skonstruowany opis nie preferuje podmiotu związanego z GE.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym wpisanie konkretnego pochodzenia produktu (GE Healthcare) w związku z zawartym w SIWZ kryterium wyboru ofert prowadzi do preferencji usług określonego podmiotu należy wskazać, że brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy. Nie można uznać, że Zamawiający nie jest uprawniony oczekiwać, że usługę serwisu świadczyć będzie podmiot autoryzowany. Zamawiający wyjaśnił, że poprzez okoliczność, że serwis realizowany będzie przez podmiot autoryzowany, sprzęt będzie pracował w sposób właściwy, zostanie zapewniona odpowiednia jakość, poprzez dostarczenie oryginalnych części i materiałów.

Ponadto, w ocenie Izby postanowienia SIWZ dopuszczają także do udziału w postępowaniu podmioty inne niż autoryzowane, nie jest zatem tak, że podmioty nieautoryzowane nie mają możliwości złożenia oferty. Jak wyjaśnił Przystępujący, w postępowaniach prowadzonych przed zmianą ustawy, zamawiający przewidywali autoryzację w opisie przedmiotu zamówienia, co całkowicie wykluczało realizację zamówienia przez podmioty inne niż autoryzowane. Przystępujący trafnie zauważył także, że nie jest tak, że przewaga podmiotu autoryzowanego jest większa. Wynika to z faktu, że podmioty autoryzowane ponoszą wyższe koszty, zatem kryteria mogą się równoważyć. Dodatkowo należy wskazać, że podmiot zainteresowany może uzyskać autoryzację. Przystępujący wskazywał w trakcie rozprawy na podmioty, które w ostatnim czasie uzyskały autoryzację. Odwołujący w trakcie rozprawy twierdził, że mamy do czynienia ze szczególną sytuacją, gdzie szanse jednego z podmiotów w postępowaniu (czy na rynku) są uzależnione od drugiego podmiotu konkurencyjnego – gdyż ten może nie zgodzić się na udzielenie autoryzacji. Odwołujący nie wykazał jednak, że występował o uzyskanie autoryzacji i podmiot GE odmówił mu udzielenia autoryzacji. Sam fakt, że Zamawiający różnicuje podmioty autoryzowane i nieautoryzowane, lub też, że oczekuje autoryzacji, nie stanowi ograniczenia konkurencyjności w postępowaniu. Tym samym Izba nie uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również art. 7 ww. ustawy.

Należy podkreślić, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty Izba oceniała w zakresie i w kontekście dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Inną kwestią są przewidziane kryteria oceny ofert i ocena ich znaczenia, czyli ich waga. Izba nie oceniała kwestii prawidłowości wartości kryterium (60/40) w niniejszym postępowaniu. Po pierwsze, z uwagi na fakt, że Odwołujący jako przedmiot odwołania wskazuje na naruszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i nieprawidłowości w zakresie wskazania znaku towarowego w treści OPZ. Po drugie, Izba miała na uwadze okoliczność, że zakres możliwości wniesienia odwołania w postępowaniach podprogowych jest ograniczony. Poniżej progów unijnych (jak w niniejszej sprawie), odwołanie może być wniesione wyłącznie na czynności

zamawiającego określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu o wartości mniejszej 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) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty

W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych słowo „wyłącznie”. Zatem odwołanie przysługuje wyłącznie w sytuacjach wskazanych w ww. artykule. W przedmiotowej sprawie, odwołanie w uzasadnieniu dotyka kwestii wagi kryterium oceny ofert, która nie została objęta katalogiem z art. 180 ust. 2 ustawy. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzić należy, że ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie prawidłowości kryterium oceny ofert.

Izba miała na uwadze również okoliczność, że wniosek (żądanie Odwołującego) zawarty w treści odwołania jest ogólny. Nie jest wiadomo, co i w jaki sposób miałyby zostać zmienione w opisie przedmiotu zamówienia, aby był on zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Nie wiadomo także, jaki sposób opisu kryteriów (poza całkowitym ich wyłączeniem) należałoby uznać za prawidłowy. Oznacza to, że również dla Odwołującego nie jest oczywiste i jednoznaczne, w jaki sposób należy dokonać opisu przedmiotu zamówienia, a także kryteriów oceny ofert, aby zapewnić zgodność z przepisami ustawy.

Izba orzekła zatem mając na uwadze szczególne okoliczności niniejszej sprawy, zakres odwołania, wskazań, jakie znalazły się w treści żądania, jak również ograniczenia wynikające z możliwości orzekania wynikające z przepisów ustawy.

Mając powyższe okoliczności na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....