

WYROK
z dnia 11 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIEMENS Sp. z o.o., ul. śrópnicza 11, 03-821 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz** protestu z dnia 4 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność unieważnienia postępowania i nakazuje dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SIEMENS Sp. z o.o., ul. śrópnicza 11, 03-821 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz** na rzecz **SIEMENS Sp. z o.o., ul. śrópnicza 11, 03-821 Warszawa** 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SIEMENS Sp. z o.o., ul. śrópnicza 11, 03-821 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatury medycznej dla Zakładu Radiologii Lekarskiej.

Zamawiający otrzymał dwie oferty – wykonawcy Siemens sp. z o.o. oraz wykonawcy Euromed sp. z o.o.

W dniu 27.10.2008r. Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania, wskazując, że co najmniej jeden parametr w SIWZ został opisany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W dniu 4.11.2008r. protest dotyczący tej czynności złożył wykonawca Siemens sp. z o.o. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91, art. 93 ust. 1 i innych przepisów ustawy Pzp. Wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, jako niezgodnej z ustawą Pzp i dalsze prowadzenie postępowania z uwagi na nie obciążenie go

2

jakąkolwiek wadą skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. W argumentacji protestujący wskazał, że żaden z uczestników postępowania nie oprotestował SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający utrzymał w mocy postanowienia SIWZ nie modyfikując ich pomimo sugestii wykonawców a następnie unieważnił postępowanie – co w ocenie protestującego było niezrozumiałe. Protestujący wskazał, że wykonawca Euromed bezpodstawnie i bez podania jakichkolwiek powodów poświadczył nieprawdę, twierdząc, że na rynku brak było produktów spełniających wymagania zamawiającego. Protestujący wskazał na to, że wymóg pętli cine powyżej 1000 obrazów w aparacie USG według jego wiedzy spełnia wiele aparatów USG – w tym urządzenia firm GE lub Aloka. Wymóg dotyczący kaset przy aparacie RTG płucno – kostnym w ocenie protestującego spełniało wiele urządzeń – przynajmniej j 24 typy aparatów, takich producentów jak GE, Philips, Control – X, Hofmann, Italray, Metaltronica, Trophy Radiology, VMI.

Działanie wykonawcy Euromed polegające na złożeniu oferty tylko po to, aby nie uzyskać zamówienia było dla protestującego nieznane, pomimo wieloletniego uczestnictwa w przetargach.

W dniu 7.11.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego zgłosił wykonawca Euromed. Wniósł o oddalenie protestu jako bezzasadnego. Wskazał, że posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego, gdyż uwzględnienie zarzutów zawartych w proteście mogłoby doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem prawa zamówień publicznych w związku z opisem przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W dniu 13.11.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu. Oddalił protest w zakresie części dotyczącej niezgodnego z ustawą Pzp dokonania czynności unieważnienia postępowania, nie wskazania podstawy prawnej czynności unieważnienia, nie dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu. Protest uwzględniono w zakresie nieprecyzyjnego określenia okoliczności faktycznych skutkujących podjęciem decyzji. W argumentacji wskazano, że powodem unieważnienia było opisanie w parametrach technicznych stacjonarnego aparatu rentgenowskiego z kolumną sufitową akceptowanych wymiarów kaset na min. 13x18 jako warunku granicznego. Na koniec wskazano, że brak oprotestowania zapisów SIWZ nie był okolicznością zwalniającą z zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji.

3

W dniu 24.11.2008r. wykonawca Siemens sp. z o.o. złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Podtrzymał zarzuty i żądania wynikające z protestu. Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu jak również dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W argumentacji wskazano ponadto, że zamawiający nie podał podstawy faktycznej unieważnienia postępowania. Uczynił to dopiero w rozstrzygnięciu protestu. Odwołujący podniósł, że obecnie to na zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania, że postępowanie obciążone było nieusuwalną wadą skutkującą unieważnieniem postępowania. Ogólne stwierdzenia w rozstrzygnięciu protestu nie uzasadniały podstawy do unieważnienia postępowania. Odwołujący w treści protestu wymienił listę producentów, których produkty spełniały wymagania zamawiającego – dowiódł w ten sposób powszechności rozwiązania na danym rynku.

W odniesieniu do wykonawcy Euromed – wskazano, że jego oferta nie spełniała wymagań SIWZ, a jej złożenie miało na celu niezyskanie przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego wykonawca Euromed nie miał interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Interes prawny powinien dotyczyć uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W kwestii wymogu pamięci cine 2200 obrazów – Euromed, zaoferowało aparaty firmy Philips i również kwestionowało ten zapis, ale zamawiający nie uznał tego jako podstawy do unieważnienia postępowania. Od tej decyzji zamawiającego Euromed mógł wnieść odwołanie. Znacząca różnica w cenie aparatu Philips wskazywała na jego niską konkurencyjność, ale brak w ofercie handlowej wykonawcy aparatu spełniającego uzasadnione kliniczne wymagania zamawiającego, powszechnie dostępne na rynku nie mogła stanowić dowodu na wadliwość określenia przedmiotu zamówienia.

Na koniec odwołujący wskazał, że twierdzenia wykonawcy Euromed były nieprawdziwe, i i miały na celu wprowadzenie nieuzasadnione nieudowodnione zamawiającego w błąd i wymuszenie decyzji o unieważnieniu postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

4

Czynnością zamawiającego, która była przedmiotem protestu a następnie odwołania – było unieważnienie postępowania, dokonane w dniu 27.10.2008r. pismem nr 4960 w sprawie 81/2008. Skład orzekający dokonał analizy przedmiotowego pisma i stwierdził brak uzasadnienia faktycznego unieważnienia przedmiotowego postępowania. Ogólne sformułowanie „ponieważ co najmniej jeden parametr w specyfikacji technicznej został opisany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję” nie zostało w żaden sposób skonkretyzowane. Tym samym – takie unieważnienie postępowania było niezgodne z art. 93 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający następnie – w rozstrzygnięciu protestu podał, że „spornym parametrem jest opisanie w wymaganiach technicznych stacjonarnego aparatu rentgenowskiego z kolumną sufitową akceptowanych wymiarów kaset na min. 13x18 jako warunku technicznego.”. Zamawiający stwierdził zatem, że wymóg dotyczący minimalnych wymiarów kaset do aparatu RTG był przedmiotem sporu. Zamawiający nie stwierdził jednak w żaden sposób, jak doszłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji – tzn. czy aparat RTG mógłby zostać w przedmiotowym postępowaniu zaoferowany tylko przez firmę Siemens, czy oferują go również inne firmy oraz czy wymiar kaset 13x18 cm jest rozwiązaniem powszechnym, czy wyjątkowym, tzn. oferowanym tylko przez wykonawcę Siemens.

Skład orzekający – dokonując analizy całości dokumentacji przedmiotowego postępowania stwierdził, że zamawiający nie udowodnił istnienia okoliczności, która posłużyła mu za podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania. Odwołujący z kolei – ze swej strony przedłożył dokumenty świadczące o tym, że wymóg odnośnie wymiaru kasety nie był działaniem wyjątkowym i mieści się w praktyce rynkowej. Kasety tego formatu – tj. 13x18 cm są oferowane na rynku i nie stanowią wyjątkowego przypadku. Również twierdzenia odwołującego o celowości zastosowania kaset w tym formacie w praktyce klinicznej, w ocenie składu orzekającego, znalazły swoje uzasadnienie. Odwołujący przedłożył ponadto opis przedmiotu zamówienia z innego postępowania na dostawę aparatu RTG z którego wynikały wymagania odnośnie minimalnych wymiarów kaset 13x18 cm.

Skład orzekający podzielił opinię odwołującego, że ustawa Prawo zamówień publicznych, stanowi zamknięty katalog podstaw do unieważnienia postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby zostać unieważnione w przedmiotowym przypadku tylko wówczas, gdyby zamawiający udowodnił naruszenie przepisu ustawy, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie udowodnił naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia – utrudniający uczciwą konkurencję. Jego działanie w zakresie unieważnienia postępowania nacechowane było dużą dozą ogólności i braku konkretnych wskazań. Unieważnienie postępowania jest decyzją z zasady kończącą postępowanie – powinno być oparte na konkretnych podstawach w celu zapewnienia zasady jawności i

przejrzystości postępowania. W tym celu ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 93 ust. 3 pkt 1 nakłada obowiązek zawarcia uzasadnienia faktycznego i prawnego w zawiadomieniu o unieważnieniu skierowanym do wykonawców, którzy złożyli oferty.

Zamawiający – ogólnie stwierdził, że postępowanie unieważnia, nie podając pełnej podstawy prawnej unieważnienia, gdyż wskazał jedynie na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten stanowi ogólną podstawę unieważnienia – wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady stanowiące o nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego wymienione są w przepisie art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wskazał, jaka podstawa znalazłaby zastosowanie w przedmiotowym przypadku. Zamawiający wskazując konkretną podstawę z art. 146 ust. 1 ustawy – powinien był w przedmiotowym przypadku wskazać, jaki przepis ustawy naruszył w przedmiotowym postępowaniu. W czynności unieważnienia zamawiający nie uczynił nawet tego. Dopiero w rozstrzygnięciu protestu zamawiający ogólnie wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie składu orzekającego – tego rodzaju działanie było bezzasadne i sprzeczne z zasadą jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie 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 z późn. zm.).

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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić