

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 czeⁿca 201 Dr.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Maciej Wasilewski (spr.)

Sędzia SA Anna Tkaczyk

Sędzia SA Małgorzata Iloz

Protokolant sekr. sąd. B, Matczak

po rozpoznaniu w dniu 10 czerwca 20 Wr. w Olsztynie na rozprawie
sprawy ze skargi AEKO - MEDIKA Spółka z o.o. w Warszawie
przeciwko Wojewódzkiemu Specjalistycznemu Szpitalowi Dziecięcemu
im. prof. drSt. Popowskiego w Olsztynie

przy udziale Medtronic Poland Spółka z o.o, w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 201 tb. sygn. akt

KIO/UZP 355/W

1. zmienia zaskarżony wyrok w **ten** sposób, że unieważnia odrzucenie
oferLy złożonej przez skarżącego i nakazuje ponowne badanie i ocenę
ofert, w^T tym ofertę skarżącego;
2. **oddala** skargę w pozostaEym zakresie;
3. za są d za od Woje wódzkiego Sporj a J i s tycznego Szpitala Dzieci ęcego
w Olsztynie na rzecz skarżącego kwotę **17.469** zł. (słownie:
siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt dziewięć złotych cli)
tytułem zwrotu kosztów postępowania.

A"/_ i, pŁi JpHiy sędziów

; Zj/. zę±knr.Ać

f SEKRZTAFIZ SĄDCWY

' , "• •• ,yi^l

.y ■ '• tyjrišpiit- Hfaśzfuiɤasfzu

ODPIS

UZASADNIENIE

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę medycznych, pomp insulinowych dla dzieci. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określono, aby bateria zasilająca pompę była ogólnodostępna. Kryterium oceny ofert była cena całkowita, tj. ocena parametrów techniczno-użytkowych i okres gwarancji.

W dniu 12.02.2011 r. zamawiający poinformował AER9-MH1 IKA Spółka z o.o. w Warszawie o odrzuceniu jej oferty jako nie spełniającej wymogu SIWZ, aby bateria zasilająca pompy insulinowe była ogólnodostępna i wybraniu oferty Medtronic Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W dniu 15.02.2011 r. wykonawca spółka Acro-Medika wniosła protest o czynność odrzucenia jej oferty. Protestujący zarzucił naruszenie przedmiotową czynnością przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a to przez przyjęcie, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wymogu zawartego w załączniku 1 A w pozycji nr 14 (tabela) do SIWZ, aby pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami. Protestujący zarzucił również, naruszenie art. 7 ust. 1 wymienionej ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców przy dokonaniu czynności oceny ofert oraz przeprowadzenie nieprzewidzianego przez przepisy ustawy prywatnego dochodzenia w celu podważenia domniemania prawdziwości oświadczeń zawartych w jego ofercie, a także ewentualne naruszenie art. 7 ust. 1 pkt 2 powyższej ustawy poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadmierne i bezzasadnie restrykcyjny, a przez to uniemożliwiający zachowanie reguł uczciwej konkurencji. Protestujący podniósł także sprzeczność istotnych ustaleń zamawiającego z treścią oferty protestującego poprzez przyjęcie, że bateria typu AA, którą zasilana jest pompa insulinowa zaoferowana przez protestującego, nie jest baterią ogólnodostępną. Protestujący domagał się zaniecia czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz ponownego dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty Aero-Medika sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W dniu 23.02.2011 r. zamawiający rozstrzygnął przedmiotowy protest, w ten sposób, że go odrzucił jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony. W uzasadnieniu odrzucenia protestu zamawiający podniósł, że protest został podpisany przez osoby nieuprawnioną, nieumocowaną należycie do dokonania tej czynności.

W dniu 01.03.2011 r. wykonawca Acro-Medika Sp. z o.o. w Warszawie wniosła za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzuciła naruszenie art. 89 ust. 1 i 2 oraz 7 ustawy Pzp. art. 14 Pzp jak również przepisów art. 65 § 1 kc w zw. z art. 65 § 1 kc poprzez odrzucenie protestu, podczas gdy z zachowaniem ustawowego terminu, w dniu 13.02.2011 r. pełnomocnik odwołującego poinformował zamawiającego o treści wysłanego protestu, przysyłając protest pocztą elektroniczną na adres wskazany w SIWZ i załączając pełnomocnictwo rodzajowe w rozumieniu kc, z którego wynikało umocowanie do wniesienia protestu, co zamawiający niezwłocznie potwierdził w odpowiedzi potwierdzającej wniesienie protestu, wysłanej na adres pełnomocnika wnoszącego protest. Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego, pomimo, że oferta ta była zgodna z SIWZ, a to przez przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, w szczególności nie spełnia wymogu zawartego w załączniku Nr 1 A w pozycji nr 14 (tabela) do SIWZ, aby pompa zasilana była

ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami. (Jednocześnie podniósł również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji, domagał się unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z jego udziałem.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 30.03.2010 r. Medtronic Polska Sp. z o.o., które wcześniej przystąpiło również do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 06.04.2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oddaliła jego odwołanie i obezwzględniła odwołującego kosztami postępowania w wysokości 4.444 zł. a ponadto zasądziła od odwołującego r. a rzecz zamawiającego kwotę 3.000 zł tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów jego reprezentacji z tytułu zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż pełnomocnictwo załączone przy protestie należało badać łącznie z innymi postanowieniami w sprawie zawartymi, a to doprowadziło Izbę do wniosku, iż zakres umocowania upoważniał Piotra Jurczaka do wszelkich innych czynności dokonywanych przed Osobami prawnymi, w tym przed zamawiającym w celu wykonania przedmiotu pełnomocnictwa, to jest również do wyrażenia i podpisywania.

Odnosnie zarzutów zgłoszonych w odwołaniu Izba również dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, jak również art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej opis przedmiotu zamówienia określony w załączniku nr 1A w pkt 4 do siwz (parametry techniczne pomp insulinowych) został przez zamawiającego dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż pompa ma być zasilana ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami. Przy czym w nawiasie w pkt 14 załącznika 1A do siwz zamawiający precyzyjnie określił ową dostępność zakupu baterii poprzez użycie słów: „w tym”, jako zakresu bezwzględnie obowiązującego. Słowa te – zdaniem Izby – oznaczają, iż w celu uzyskania dostępu do baterii muszą być one również dostępne do zakupu w sieciach stacji benzynowych oraz w powszechnych punktach sprzedaży pras. Izba podzieliła pogląd odwołującego o przykładowym wyuczeniu kiosków Kuchnia, jednakże oznacza to tyle, że zamawiający dopuścił również możliwość nabywania baterii w innych powszechnych punktach sprzedaży pras. Według KIO, dostępność baterii w aptekach, poprzez zamówienia internetowe, jak również w dystrybucji prowadzonej przez odwołującego nie czyni zadość warunkowi „ogólnodostępności”, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż odwołujący zbyt wąsko rozumie ogólnodostępność w handlu w aspekcie specyfiki dogodności użytkowania pomp insulinowych wymaganej w siwz, których adresatem jest szczególny krąg podmiotów, jakimi są dzieci chore na cukrzycę,

Powyższy wyrok zaskarżył wykonawca AERO-MEPIKA Sp. z o.o. w Warszawie zwracając;

1) naruszenie przepisów prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że treść oferty skarżącego nie odpowiada treści siwz, w szczególności wymogu zawartego w załączniku nr 1A w pozycji 14- (w tym) aby bateria zasilająca pompę insulinową dla dzieci była ogólnodostępna.

2) naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 7 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że po dokonaniu czynności oceny ofert nie doszło do nierównego traktowania wykonawców oraz stosowania nieuczciwej konkurencji przez przeciwnika skargi w stosunku do osoby fizycznej skarżącego, w szczególności poprzez całkowicie błędną i prowadzącą do pokrzywdzenia interesów skarżącego, tymczasem w wymogu zawartego w załączniku nr 1A w pozycji K (tabela) aby bateria zasilająca pompę insulinową była ogólnodostępna,

3) sprzeczność istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, że bateria typu 14 AA, która zasilana jest pompa

insulinowa zaoferowana przez skarżącego nie jest baterią ogólnodostępną.

4) naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, wyrażające się w arbitralności oraz sprzeczności z Logiką i doświadczeniem życiowym przy dokonywaniu wykładni pojęcia „ogólnodostępny” poprzez przyjęcie, że baterie typu K AA nie są bateriami ogólnodostępnymi, które to naruszenie prawa procesowego mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy,

oraz ewentualnie

5) w przypadku nieuwzględnienia zarzutów skarżącego zbadanie przez urząd pismenny nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na ewentualne naruszenie przez przeciwnika skargi art. 205 § 1 i 2 Pzp.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości oraz co do finoty sprawy poprzez unieważnienie dokonanej czynności odrzucenia oferty skarżącego i w konsekwencji unieważnienia czynności wyboru wykonawcy oraz nakazanie przeciwników: skargi dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty, z uwzględnieniem oferty skarżącego jako najkorzystniejszej,
- 2) zasądzenie od przeciwnika skargi kosztów postępowania odwoławczego i skargowego według norm przepisanych.

Skarżący podkreślił, iż sformułowanie spornego warunku w siwie nie jest ani ścisłe ani jednoznaczne. Skarżący stwierdził, że dostawcy specjalistycznego sprzętu medycznego nie są w stanie zapewnić, żeby określony asortyment baterii był dostępny w każdej stacji benzynowej, w każdym punkcie sprzedaży prasy. Skarżący podał jednocześnie, iż jego oferta jest obiektywnie lepszą z punktu widzenia bezpieczeństwa dzieci i ponadto tańszą, gdyż jego sprzęt jest obiektywnie najnowocześniejszy i najsprawniejszy technologicznie i jakościowo, a przeciwnik skargi bezprawnie ją odrzucił. Podkreślił, iż żywotność baterii VŚ AA wynosi 6-8 tygodni, a żywotność baterii alkalicznych AA lub A AA wynosi maksymalnie 2 tygodnie. Ponadto użytkowanie baterii typu 14 AA w pompie insulinowej jest przy tym znacznie tańsze w eksploatacji w porównaniu do zwykłych baterii typu AA. Porównanie kosztów eksploatacji AA umożliwiło zmniejszenie kosztów pomp. Korzyści takich zdaniem skarżącego nie zawiera oferta konkurenta opartej o sprzedaną generację. Skarżący wywodzi, iż baterie AA są powszechnie dla każdego dostępne w licznych sklepach w Polsce, również innych niż Lidl, w aptekach i sieci bieżącej dystrybucyjnej i skarżącego.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp skarżący potok, iż błędna interpretacja pojęcia „ogólnodostępności” przez przeciwnika skargi doprowadziła do odrzucenia prawidłowej, tańszej oferty skarżącego po to, aby uryć droższą pompę konkurenta, o mniejszych możliwościach z punktu widzenia funkcjonalności pompy, co kwalifikuje taką czynność jako naruszenie przywołanego przepisu. Skarżący podkreślił, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie odniosła się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z ujawnionym w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty skarżącego przeprowadzenia nieuregulowanego przez przepisy prawa zamówienia publicznego odcisnięcia w celu próby podważenia prawdziwości oświadczeń zawartych w ofercie.

Skarżący zgłosił ponadto wniosek, by Sąd rozważył czy z powodu ewentualnej mejednoznaczności sposobu w jaki opisano wymóg „ogólnodostępności” może zachodzić z urzędu nieważność postępowania o udzielenie zamówienia przez naruszenia art. 2 z ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sądzę Okrąwy ustaiii i zwa&Ł, ca następuje?

Skarga jest zasadna.

Najdalej idącym zarzutem jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych, tj. udzielenie zamówienia w sposób nie uwzględniający zachowania uczciwej konkurencji. Jest to

zarzut drażny.

Przedmiotem zamówienia publicznego były medyczne pompy insulinowe dla dzieci. Co do takiego sprzętu medycznego, a w istocie idąc dalej, podtrzymującego życie, bo dzieci które mają zlecone dawkowanie insuliny nie okresowo, ale permanentnie, ócz pomp nie mogły by funkcjonować samodzielnie, wymagania muszą być takie, aby gwarantowały bezpieczeństwo medyczne w gran i ciele, jaki współczesny postęp techniczny zapewnia. Oznacza to, że jakość sprzętu, co do zapewnieniu standardów bezpieczeństwa, musi być wysoka. O dobrym funkcjonowaniu każdego sprzętu napędzanego elektrycznie, o jego trwałym pewnym funkcjonowaniu decyduje między innymi dobre źródło zasilania. Dobre to przede wszystkim stabilne (co do parametrów elektrycznych) i trwałe (co do czasu zasilania). A zatem o dobrym sprzęcie można mówić tylko wówczas, gdy źródła zasilania też będą dobre. Złe źródło zasilania elektrycznego nie zapewnia w pełni bezpieczeństwa medycznego,

Określenie wymogów, aby źródło zasilania elektrycznego było w postaci baterii powszechnie dostępnych i to (przy dalszym uszczegółowieniu) także wkładek gazetowych i na stacjach benzynowych, w istocie zamówienie to sprowadza się do wyeliminowania producentów, którzy szczególną uwagę przywiążą do bezpieczeństwa sprzętu.

Istota buteryjek popularnych polega na tym, że są wprawdzie powszechnie dostępne, ale pochodzą od różnych producentów (w tym Unich producentów azjatyckich), mają różne parametry techniczne (od ogniwa Leclanchiego po alkaliczne a czasami litowe), ale i różną trwałość, albo prawie żadnej, gdy są balekami przeleżały mi.

Zatem, żaden poważny producent sprzętu medycznego, którego celem jest stworzenie sprzętu bezpiecznego medycznie, nie może dopuścić, aby taki sprzęt i to jeszcze w rękach dziecka, był napędzany bateriami, które nie gwarantują tego bezpieczeństwa. Sprzęt medyczny podtrzymujący życie to nie piloci od telewizora, gdzie jego dysfunkcyjność w istocie nie wyrządzi nikomu żadnej szkody.

Tak sformułowane wymogi zamówieniu z góry wykluczały krąg rzetelnych producentów, w tym znaczeniu, że wg wszelkiej wiedzy inżynierskiej i medycznej chce stworzyć sprzęt medyczny o cechach maksymalnego bezpieczeństwa. Przy dzisiejszym technicznie nasyconym rynku, potrzeba dostarczenia źródła zasilania nie musi występować, bo w istocie nie służy żadnemu racjonalnemu celowi.

Zasady uczciwej konkurencji to przede wszystkim zasada równej szansy dla wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie. Manipulowanie pewnymi parametrami technicznymi w zamówieniu (a źródle zasilania — to parametr techniczny) tych szans pozbawia niektórych oferentów. Ta manipulacja może przybrać charakter pozytywny (tylko takie a takie szczegółowo określone parametry musi oferta spełniać) lub negatywny (takich a takich parametrów oferent nie może spełniać).

A zatem niedopuszczenie do przetargu 3pr?em zasilanego leps^m źródłem zasilania jest przejawem manipulacji wyżej opisanej jako druga, bo z góry jest w i ulotnym, że część producentów i to tych chronomowuyc? będzie formalnie wyeliminować.

Z tych względów sąd uznał, że r.ie spełniło wymogów określonych w art. 7 ud. 1 w/w prawa zamówień publicznych.

Rozpatrywanie dalszych zarzutów skargi jest już zbędne, skoro zarzut najdalej idący był skuteczny.

Sąd nie uwzględnił natomiast skargi co do przesądzenia, że otrzymania skarżącego była Lfj korzystniejszą szk albo wem od Snnego początku posłepowania o zniżenie i stół nieuwzględniania oferty skarżącego było niespełnienie wymogu pracy pomp z baknairu powszechnie dostępnymi, a inne dane przesądzające o ofercie nie były poddane analizie.

Dlatego najrtney art. 198 ust. 2 zanie drugie prawo zamówień publicznych otzecziiu jak w sentencji w pkt j i 2.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy ustępu 5 w/w przepisu.

a pqtap*9V pęrlZl6W

'inoić