I I

SĄDt>KRĘGOWY

X Wydział Gospodarczy
ul. Kościuszki 1 5
44-1 00 GLIWICE
tel.: 33-80-270

Sygn. akt XGa 143/10/za

Dot. KIO/UZP 648/10

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Urzędzie Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A
00 - 676 Warszawa

Sąd Okręgowy w Gliwicach Wydział X Gospodarczy w Gliwicach w sprawie ze skargi Toruńskich Zakładów Opatrunkowych S A. w **Toruniu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 maja 201 Or. (sygn. akt KIO/UZP 648/10)** przesyła **odpis wyroku wraz z uzasadnieniem z dnia 13 sierpnia 2010r.**

Przewodniczący
X Wydziału Gospodarczego

***SSO** Lesław Zieliński*

Sygn. akt X Ga 143/10/za

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 sierpnia 201 Or.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy

w składzie

Przewodniczący - Sędzia SO Lesław Zieliński

Sędzia SO Małgorzata Korfanty
Sędzia SO Barbara Przybyła (spr.)

Protokolant Agnieszka Demucha
po rozpoznaniu w dniu 13 sierpnia 2010r. **w** Gliwicach
na rozprawie

ze **skargi:** Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych Spółki Akcyjnej w Toruniu

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
z dnia **4** maja **201 Or.**
sygn. akt **KIO/UZP 648/10**

z udziałem zamawiającego: Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 3 w Rybniku

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych Spółki Akcyjnej w Toruniu na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 3 w Rybniku kwotę 1.200,00zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

SSO Lesław Zieliński SSO Barbara Przybyła
SSO Małgorzata Korfanty

oryginale
podpisy

[1] "7 1 Wydział Gospodarczy

* 1 [p]r,(Wolsnt^dowy

ruegzka Demucha

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 4 maja 2010r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów opatrunkowych S.A. w Toruniu od oddalenia protestu z dnia 23 marca 2010r., przez zamawiającego, Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia była dostawa materiałów opatrunkowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14.05.2009r. Odnośnie 2 części zamówienia zostały złożone dwie oferty - skarżącego i Spółki z o.o. Paul Hartman Polska.

Wcześniejszym wyrokiem wydanym w dniu 23 października 2009r. (sygn. KIO/UZP 1312/09) KIO uwzględniła odwołanie złożone przez Toruńskie zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. i na nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała ponowną ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty. Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty spółki Hartman Polska z uwagi na niespełnienie wymogu SIWZ dotyczącego wymiarów serwet operacyjnych. W uzasadnieniu tego wyroku KIO uznała, iż skoro w SIWZ nakazano dołączenie do oferty dwóch próbek oferowanych wyrobów, w wypadku zadania nr2 serwet operacyjnych, i zawarła zapis, iż niezgodność próbek z opisem przedmiotu zamówienia skutkować będzie odrzuceniem oferty - to wypadku gdy załączone serwety nie posiadają wymiarów określonych w

SIWZ zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty. KIO nie podzieliła prezentowanego w toku tamtego postępowania stanowiska zamawiającego, iż zamawiający nie zamierzał dokonywać przy ocenie ofert pomiarów złożonych serwet operacyjnych gdyż o spełnieniu wymagań decydować miały etykiety handlowe na wyrobie, gdyż kilkucentymetrowe odstępstwa od podanych wymiarów nie mają znaczenia dla funkcji serwety operacyjnej. KIO uznała, brak SIWZ opisu metod badania próbek nie oznacza, iż w przypadku podniesienia zarzutu, zamawiający nie ma obowiązku zmierzenia serwety celem ustalenia, czy w rzeczywistości posiada ona wymiary wskazane w SIWZ, nawet jeśli z etykiety handlowej dołączonej do próbki wynika, że te parametry zostały spełnione. Izba wskazała, iż brak określenia w SIWZ z jaką dokładnością mają być mierzone i oceniane wymiary serwet w stosunku do wymaganego rozmiaru - 45x45 cm, oznacza, iż powinny one „mieć właśnie taki wymiar z dokładnością co do centymetra, bez możliwości uwzględnienia jakiejkolwiek tolerancji, tj. odstępstwa od przyjętego rozmiaru". KIO wskazała, iż skoro w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia wskazano, że zamawiający będzie weryfikował przedmiot zamówienia i w tym celu wymaga dostarczenia próbek w oryginalnym opakowaniu z etykieta handlową zaś niezgodność próbek z opisem przedmiotu zamówienia skutkować będzie odrzuceniem oferty, to przyjęcie, że kilkucentymetrowe odstępstwa od rozmiaru nie maja znaczenia dla funkcji serwety operacyjnej, tworzy w istocie nowe warunki spełnienia wymogu zgodności próbki z SIWZ.

Powyższy wyrok nie był przedmiotem skargi.

Pismem z dnia 13 marca 2009r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie dotyczącym 2 części zamówienia, powołując się na przepis art. 93 ust.l pkt 7 ustawy pzp.

Wskazał, że przy ustalaniu SIWZ zamawiający nie planował weryfikacji pomiarów parametrów poszczególnych wyrobów medycznych będących przedmiotem zamówienia, gdyż te są przedmiotem oceny na etapie wpisu wyrobu medycznego do rejestru wyrobów medycznych, zaś weryfikacja dostarczony próbek miała dotyczyć sprawdzenia czy zapisy na etykietach dostarczonych próbek są zgodne z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia. Wobec treści wyroku z dnia 23.10 2009r. zamawiający wskazał, iż nie ma możliwości dokonania właściwej oceny złożonych ofert, zwłaszcza, że dokonane pomiary próbek dostarczonych przez obu wykonawców nie spełniają wymagań dotyczących wymiarów, a dla zamawiającego najistotniejszą cechą była chłonność serwety operacyjnej. Podając w SIWZ rozmiary serwet kierował się danymi zawartymi w katalogach.

°1

uJ-1

W proteście i odwołaniu wykonawca zarzucał naruszenie przepisu art. 93 ust.ł pkiy-ź- oraz art. 191 ust.2 pkt 1 ustawy pzp i domagał się nakazania unieważnienia czynności^ unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 2 oraz nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Oddalając skargę zaskarżonym wyrokiem z dnia 4 maja 2010r. KIO wskazała, że wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy polegała na braku określenia w SIWZ metod, sposobu pomiarów serwet chirurgicznych, co wpływa na niemożność dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad prawa zamówień publicznych. Bez określenia metodologii pomiaru (narzędzi pomiarowych) zamawiający nie ma możliwości weryfikacji czy wymiar serwety jest zgodny z określonym przez zamawiającego wymiarem 45x45 cm. Podjęte próby pomiaru serwet prowadziły do rozbieżności uzyskiwanych wyników pomiaru, także z uwagi na rodzaj materiału z którego wykonana jest serweta - gaza bawełniana, która jest podatna na kurczenie i rozciąganie. W tej sytuacji nie jest możliwe na obecnym etapie postępowania określenie metodologii pomiaru, a co za tym idzie potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących wymiarów serwet. W ocenie KIO wada postępowania polegała na braku określenia w SIWZ metod sposobu pomiaru wymiarów serwet chirurgicznych co wpływa na niemożliwość dokonania oceny wyrobu i wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem prawa zamówień publicznych. Wprowadzenie metodologi pomiaru serwet na obecnym etapie postępowania, po otwarciu ofert nie jest dopuszczalne. Ocena ofert i w rezultacie wybór najkorzystniejszej oferty winien być przeprowadzony w oparciu o kryteria i warunki określone wcześniej w postanowieniach SIWZ - w

tym zakresie KIO powołała przepis art. 91 ust.ł ustawy pzp. Izba wskazała także, że mimo zaleceń wynikających z uzasadnienia wyroku z 23.102009r. nakazujących odrzucenie oferty firmy „Hartman" (KIO błędnie określa tego wykonawcę jako odwołującego) nie miało to wpływu na rezultat postępowania, wobec uznania za prawidłową czynności unieważnienia postępowania.

Skarżący Toruńskie Zakłady Matrialów Opatrunkowych S.A. w Toruniu w skardze od tego wyroku zarzucił naruszenie przepisu art. 93 ust.ł pkt 7 i art. 191 ust.la ustawy pzp. Domagał sie nakazania zamawiającemu nieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazania czynności badania i oceny ofert oraz obciążenia zmawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasadzenia kosztów postępowania wywołanych wniesieniem skargi.

Zarzucił, iż czynność mierzenia serwet chirurgicznych, z dokładnością do 1 cm (zgodnie z wcześniejszym wyrokiem KIO) jest czynnością na tyle prostą, że nie wymaga określania metody pomiaru i narzędzi pomiarowych. Twierdzenia powoda, że dokonane przez niego pomiary w zależności od zastosowanego narzędzia pomiarowego dały rożne wyniki i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przepis art:. 36 ust. 1 ustawy pzp nie wymaga aby koniecznym elementem specyfikacji było określenia sposobu pomiaru lub narzędzi pomiarowych. Metody i narzędzia pomiaru nie zostały określone także co do materiałów określonych w pozostałych częściach zamówienia.

Zamawiający domagał sie oddalenia skargi podtrzymując argumentację wskazaną w oddaleniu protestu i stanowisko prezentowane w postępowaniu przed KIO. Podkreślił, iż wyrok KIO z dnia 23.10.2009r. został wydany jedynie odnośnie zadania nr 2 i dlatego może mieć zastosowanie jedynie do tej części postępowania.

Oddalając skargę sąd zważył, co następuje:

W sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed zmianą przepisów dokonaną ustawami z dnia 5 listopada 2009r., i 2 grudnia 2009r. a to z uwagi na treści przepisu art. 3 i 6 wymienionych ustaw.

Rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu determinuje fakt, iż przedmiotem zamówienia są wyroby medyczne oraz stanowisko przedstawione w wyroku KIO odwoławczej zawarte w niezaskarżonym wyroku z dnia 23.10.2009r. - zwłaszcza ustalenie, iż załączone do ofert próbki towarów w oryginalnych opakowaniach z etykietą handlową powinny, w razie zgłoszenia

_tu, powinny być przedmiotem oceny co do zgodności z wymaganiem parametrów .^^ść^yciWY SIWZ. W tym postępowaniu przedmiotem zarzutu był wymiar chusty chirurgicznej.

lj/<3bred\e treści SIWZ parametry chust chirurgicznych obejmowały jednak nie tylko

'także inne cechy takie jak np. sterylność, ilość warstw i nitek. Wedle stanowiska dfącego intencją zamawiającego przy ustalaniu zapisów SIWZ miała być ocena czy dołączone próbki towarów w oryginalnych opakowaniach z etykietami handlowymi są nominalnie zgodne z wymaganiami SIWZ. Takiego rozumienia zapisów SIWZ nie podzieliła jednak KIO w wymienionym wyroku, nakazując badanie tych paramentów. Brak podstaw do uznania, aby - w świetle stanowiska zawartego w tym wyroku zarzuty dotyczące innych parametrów miały być

traktowane w inny sposób niż zarzut dotyczący rozmiarów chust.

W SIWZ zamawiający nie zawarł zapisu, iż będzie dokonywał zgodności oceny oferowanych i załączonych próbek towarów jedynie z ich etykietami handlowymi.

Przepisy ustawy jak słusznie ponosi skarżący nie nakładają na zamawiającego określania w SIWZ sposobu oceny żądanych próbek towarów.

Przepis art. 36 pzp określa minimalne wymagania SIWZ do których należy opis przedmiotu zamówienia, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze

oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Odmiennymi czynnościami są ocena oferty wedle wskazanych kryteriów jej oceny i ocena oferowanych wyrobów pod względem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Ustawa nakazuje wskazanie kryteriów oceny ofert i sposobu oceny tych kryteriów nie nakazuje wskazywania w SIWZ bądź w ogłoszeniu kryteriów i metod dokonywania oceny zgodności przedmiotu zamówienia z oferowanymi wyrobami. To czy oferowane wyroby są zgodne z przedmiotem zamówienia podlega ocenie zamawiającego i może być przedmiotem zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty jako niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia będącego częścią SIWZ. Ta zgodność oferowanego towaru (bądź jej brak) z przedmiotem zamówenia może być wykazywana wszelkimi dowodami i powinna być dokonywana w każdym postępowaniu bez względu na stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 91. pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych *technologii w zakresie* oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Jako kryterium oceny oferty zamawiający wskazał najniższą cenę.

Określone minimalne wymagania SIWZ nie wykluczają wskazania przez zamawiającego sposobu oceny zgodności oferowanych wyrobów z przedmiotem zamówienia takiego zapisu jednak zamawiający nie zawarł poprzestając na stwierdzeniu, iż niezgodność próbek z opisem przedmiotu zamówienia będzie skutkować odrzuceniem oferty.

Niezaskarżony wyrok KIO nakazywał, w związku z podnoszonymi zarzutami, dokonanie oceny chust chirurgicznych, co do ich zgodności z wymiarami podanymi w SIWZ.

Wykonanie tego zalecenia w toku postępowania było o tyle trudne do wykonania , że zgodnie z art. 2 ust.3 ustawy z dnia ustawy z dnia z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach przepisów ustawy nie stosuje się do wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896 oraz z 2005 r. Nr 64, poz. 565) w zakresie wprowadzania do obrotu i do użytkowania.

Ponadto spełnianie wymagań przez wyroby medyczne podlega ocenia w toku dopuszczenia ich do obrotu zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zarzut niespełnienia przez próbki towarów cech opisanych w jego etykiecie handlowej jest zatem jednocześnie zarzutem wprowadzenia do obrotu towarów innych niż będące przedmiotem oceny zgodności dokonanej w trybie art. 16 ustawy o wyrobach medycznych. Zgodnie z tym przepisem wyrób medyczny wprowadzany do obrotu i do używania musi spełniać określone dla niego wymagania zasadnicze. Wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel, przed wprowadzeniem wyrobu medycznego do obrotu i do używania, jest obowiązany do przeprowadzenia oceny zgodności z określonymi dla tego wyrobu wymaganiami zasadniczymi.

SIWZ nie określała czy wymiary dotyczą chust przed czy po sterylizacji. Przyjęcie, iż złożone próbki serwet mają mieć rozmiary dokładnie takie jak podane w SIWZ, uniemożliwia dokonanie jednoznacznej oceny, w sytuacji gdy przy wprowadzaniu towaru medycznego do obrotu i dokonywaniu oceny zgodności towaru medycznego możliwym jest dokonywanie pomiaru zarówno przed jak i po sterylizacji co było przedmiotem wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania.

Etykiety handlowe towarów medycznych dotyczą, także innych cech zamawianych chust, takich jak ilość podanych warstw, nitek itp. Wszystkich tych cech załączonych próbek mogły dotyczyć zarzuty innych zamawiających - co zgodnie ze stanowiskiem KIO zawartym w niezaskarżonym wyroku powinno być przymiotem badania w przypadku wniesienia zarzutu przez pozostałych wykonawców, bowiem także te parametry były określone w SIWZ.'

Przepis art. 89 ust.l pkt2 nakazuje odrzucenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Niezgodne z treścią SIWZ jest oferowanie towarów nie odpowiadającym opisowi przedmiotu zamówienia. Stąd dla możliwości dokonania oceny zgodności oferowanego towaru istotne znaczenia ma opis przedmiotu zamówienia.

Przepisy art. 29 i 30 pzp określają wymagania jakie powinien spełniać opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przyjęcie sugerowanej przez zamawiającego zasady, iż ocena zgodności oferowanych próbek miała dotyczyć informacji podanych na etykiecie handlowej pozwoliłoby na wyeliminowanie wątpliwości co do tego czy opis przedmiotu zamówienia dotyczył wymiarów serwet przez czy po sterylizacji jaki co do uzyskiwanych rozbieżności w pomiarach.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający podał wymiary chust ale nie uwzględnił, czy dotyczą wymiarów przed czy po sterylizacji - co okazało się sporne dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Wedle oświadczeń składanych przez zamawiającego jego intencją przy sporządzaniu zapisów SIWZ było dokonywanie oceny wyrobów załączonych do ofert wyłącznie w oparciu o etykiety handlowe. Tego stanowiska nie podzieliła jednak KIO w wyroku z 23.10.2009r.

W tej sytuacji zamawiający w oparciu w podane przez siebie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i ich wykładnię dokonaną wyrokiem z 23.10.2009r. nie mógł dokonać jednoznacznej i nie naruszającej zasad uczciwej konkurencji, oceny czy oferowane próbki chust chirurgicznych spełniają wymagania postawione w opisie przedmiotu zamówienia. Wyrok KIO z dnia 23.10.2009r. dotyczył wyłącznie części 2 zamówienia i nie miał wpływu na postępowanie dotyczące pozostałych części zamówienia (art.93 ust.2 pzp)

Powyższe powoduje, iż postępowanie w zakresie dotyczącym części 2 postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt7 stanowi podstawę unieważnienia postępowania.

Mając na względzie powyższe po myśli art. 198 ust. oddalił skargę jako bezzasadną i orzekła o kosztach postępowania po myśli art. 98 kpc w związku z art. 194 ust. 2 pzp. Koszty postępowania obejmowały koszty zastępstwa procesowego w kwocie 1 200zł.

SSO Lesław Zieliński Barbara Przybyła
SSO Małgorzata Korfanty

oryginale

podpisy

* Wydziat Gospodarczy
"Starszy Pj-oJó^olant Sojowy