

**WYROK**  
**z dnia 13 listopada 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek**

**Członkowie: Grzegorz Mazurek**  
**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Barbarę Staszczuk – Olszewską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ALVO Grupa Gastrometal Barbara Staszczuk-Olszewska, 64-030 Śmiegiel, ul. Południowa 21 A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie 10-957 Olsztyn, ul. M. Oczapowskiego 2** protestu z dnia **3 października 2008 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Barbarę Staszczuk – Olszewską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ALVO Grupa Gastrometal Barbara Staszczuk-Olszewska, 64-030 Śmiegiel, ul. Południowa 21 A 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 uiszczanego przez **Barbarę Staszczuk – Olszewską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ALVO Grupa Gastrometal Barbara Staszczuk-Olszewska, 64-030 Śmiegiel, ul. Południowa 21 A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 989 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Barbarę Staszczuk – Olszewską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ALVO Grupa Gastrometal Barbara Staszczuk-Olszewska, 64-030 Śmiegiel, ul. Południowa 21 A** na rzecz **Uniwersytetu Warmińsko-Mazurski w Olsztynie 10-957 Olsztyn, ul. M. Oczapowskiego 2**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Barbarę Staszczuk – Olszewską, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ALVO Grupa Gastrometal Barbara Staszczuk-Olszewska, 64-030 Śmiegiel, ul. Południowa 21 A;**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę fabrycznie nowego sprzętu medycznego do Wydziału Nauk Medycznych Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego w Olsztynie* (numer referencyjny 150/2008/PN/ZZP), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 sierpnia 2008 r., nr 165 poz. 222184. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamieszczona została na stronie internetowej w dniu 27 sierpnia 2008 roku.

W dniu 29 września 2008 r. Zamawiający przekazał informację o wyjaśnieniach dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W dniu 3 października 2008 r. protest wniósł Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia **Barbara Staszczuk – Olszewska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ALVO grupa Gastrometal Barbara Staszczuk-Olszewska**. Zamawiający, w części protest odrzucił, a w części protest uwzględnił przekazując informację w tym zakresie wykonawcy w dniu 13 października 2008 r. W dniu 17 października 2008 r. Wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w

proteście. Wniósł o unieważnienie czynności wyjaśnienia treści siwz i dokonanie modyfikacji treści siwz, lub ewentualnie o unieważnienie postępowania.

W ocenie Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Całościowy opis przedmiotu zamówienia wskazuje jednoznacznie, że jedynym dystrybutorem i producentem sprzętu wymaganego przez Zamawiającego jest firma Hygeco Polska Sp. z o.o. Wskazują na to odpowiedzi Zamawiającego udzielone na zapytania wykonawców, w których Zamawiający użył oznaczeń i parametrów wskazujących na konkretne produkty jednego dostawcy. Zarzut wynikają z:

- braku zgody na zastosowanie dwóch kanałów wentylacyjnych niezależnych od innych połączeń wprowadzonych po środku wanny ściekowej w dwóch miejscach (Zamawiający wymaga zastosowania stołów sekcyjnych z jednym centralnym kanałem wentylacyjnym o wydajności 1000 m<sup>3</sup>/h);

- braku zgody na dostawę blatu stołu do konserwacji zwłok składającego się z kilku części podnoszonych od siebie niezależnie (Zamawiający żąda dostawy blatu perforowanego wykonanego z jednego elementu podnoszonego na zawiasach);

- braku zgody na wykonanie w stole do konserwacji zwłok jednego odpływu, w założeniu wykonania pochylenia wanny ściekowej w kierunku odpływu (Zamawiający żąda dostawy stołu, w którym zastosowano 3 otwory ściekowe);

Jedynie produkty firmy Hygeco (o wskazanych przez Odwołującego się numerach katalogowych) spełniają tak postawione wymagania. Tym samym naruszona została zasada uczciwej konkurencji. Udzielone odpowiedzi uniemożliwiają zaoferowanie urządzeń innych producentów, gdyż Zamawiający oczekuje specyficznych rozwiązań charakterystycznych dla jednego dostawcy. Zatem dopuszczenie rozwiązań równoważnych jest działaniem pozornym. Równoważne produkty innych wykonawców spełniają wszystkie warunki użytkowe, standardy jakościowe i są wykonywane zgodnie z Polską Normą. Potwierdzeniem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest również postawa jednego z wykonawcy współpracującego z firmą Hygeco, który odmówił dostarczenia Odwołującemu się lamp operacyjnych wskazanych w siwz, a których nie można uzyskać od czołowych polskich producentów. Wyjaśnienia treści siwz i zmiana opisu przedmiotu zamówienia powoduje, że ofertę może złożyć tylko jeden wykonawca, a to narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Ponadto, Zamawiający dokonał modyfikacji warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz i dotyczącego doświadczenia, przez doprecyzowanie znaczenia określenia „dostawa odpowiadająca swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia”. W wyjaśnieniach z dnia 26 września 2008 r., Zamawiający wskazał, jako odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi

zamówienia, „wyposażenie dla prosektoriów, w tym: stołów sekcyjnych, stołów do konserwacji zwłok, chłodni na zwłoki, podnośników hydraulicznych do zwłok i pozostałego wyposażenia typowego dla prosektoriów”. Dokonując konkretyzacji warunku Zamawiający naruszył art. 38 ust. 5 ustawy pzp, a ponadto katalog wyposażenia ma charakter otwarty, co pozostawi swobodę oceny spełniania tego warunku. Dodatkowo, Odwołujący się wskazał na ukryty warunek, który spełnia tylko jeden wykonawca, tj. Hygeco Polska Sp. z o.o. W odpowiedzi na pytanie nr 2 Zamawiający wyjaśnił, że zastrzega sobie prawo poproszenia Wykonawcy o wskazanie miejsc, w których Wykonawca zrealizował dostawy identycznych urządzeń. Pozostali Wykonawcy realizują zamówienia pod indywidualne projekty i wymagania klientów. Tylko producent standardowych urządzeń będzie mógł złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Ponadto wymiary pomieszczeń wskazują, że sprzęt, którego żąda Zamawiający jest stanowczo za duży.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uznał jedynie zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 ustawy pzp i wycofał się w tym zakresie z odpowiedzi na pytanie nr 2 udzielonej w piśmie z dnia 26 września 2008 r. W pozostałym zakresie protest odrzucił, jako wniesiony z uchybieniem terminu ustawowego. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w ocenie Zamawiającego są spóźnione, gdyż zostały zgłoszone po terminie określonym dla składania protestu na zapisy siwz. Niezależnie od powyższej okoliczności, Zamawiający wyjaśnił, iż dokonał opisu opierając się na szerokiej wiedzy własnej, jak również innych użytkowników na temat urządzeń produkowanych przez różnych producentów. Zamawiający umieścił w opisie parametry techniczno-użytkowe urządzeń, które najbardziej odpowiadają jego potrzebom, specyfice obiektu oraz obowiązującym przepisom sanitarnym. Odnosząc się do treści wyjaśnień, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko o konieczności utrzymania dotychczasowych zapisów siwz, w szczególności powołując, że:

- wentylacja wielokanałowa stołów sekcyjnych prowadzona w kilku różnych punktach stołu zapewnia lepszą, bardziej równomierną wentylację blatu roboczego. Jeden centralny kanał zasysa powietrze tylko z jednego miejsca. Wielopunktowa wentylacja jest bardzo istotnym parametrem bezpieczeństwa preparatora, demonstratora i studentów. Centralny kanał nie spełnia wymogu równomiernego odprowadzenia toksycznych środków z wentylowanej powierzchni;

- zastosowanie blatu wykonanego z jednego elementu podnoszonego na zawiasach jest korzystniejsze pod względem ergonomii i prostoty obsługi. Umożliwi łatwy dostęp do wanny stołu ponieważ nie trzeba zdejmować poszczególnych elementów, a przez to łatwiej można zachować należytą higienę.

- jeden otwór ściekowy może zostać zatkany, a w przypadku preparowania zwłok istotnym elementem jest oczyszczenie szczątków ze struktur nie podlegających preparowaniu. Trzy lub więcej otworów eliminują tę możliwość prawie do zera i tym samym

wykluczają konieczność czyszczenia i dekontaminacji kanałów wentylacyjnych wyprowadzanych w wannie stołu, w przypadku ich zalania;

Zamawiający podkreśla, iż nie dokonał modyfikacji zapisów siwz w opisie przedmiotu zamówienia, a jedynie podtrzymał dotychczasowe zapisy.

**Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.**

W części zarzutów zgłoszonych względem opisu przedmiotu zamówienia, Izba nie rozstrzygnęła, gdyż protest w tym zakresie został wniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym protest dotyczący postanowień specyfikacji wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego opiewa na kwotę netto 3.800.000,00 PLN i przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy. Terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej są terminami zawitymi, których upływ oznacza, iż wykonawcy nie mogą skutecznie korzystać z prawa do ich wnoszenia. Jakkolwiek, Odwołujący się zachował siedmiodniowy termin do wniesienia protestu w związku z udzielonymi w piśmie z dnia 26 września 2008 roku wyjaśnieniami, to jednak zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zgłoszone zostały z uchybieniem terminu. Zapisy specyfikacji znane były Odwołującemu się już od dnia jej publikacji, a zwrócenie się do Zamawiającego o wyjaśnienia jej treści, nie wynikało z niejednoznaczności postanowień, gdyż pytania faktycznie sprowadzały się do propozycji zmiany, na którą Zamawiający nie wyraził zgody. Treść wyjaśnień nie zmieniała postanowień specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający podtrzymał jej dotychczasowe zapisy. Wykonawca mógł już na podstawie zapisów specyfikacji ustalić, czy naruszają one jego prawa i wnieść we właściwym terminie protest. Tym samym protest na zapisy specyfikacji i dotyczące opisu przedmiotu zamówienia należało wnieść w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, tj. licząc od dnia 27 sierpnia 2008 r.

W zakresie zarzutu zgłoszonego z zachowaniem terminu do wnoszenia środków ochrony prawnej, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 38 ust. 5 ustawy pzp, przez wyjaśnienie znaczenia dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. W specyfikacji Zamawiający ustalając warunki udziału w

postępowaniu określił minimalne doświadczenie, jakim mają legitymować się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego i polegające na wykonaniu minimum 1 dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i wartością: minimum 1.500.000,00 zł. brutto dla części I. Na zapytanie jednego z wykonawców, Zamawiający w dniu 26 września 2008 r. udzielając odpowiedzi wyjaśnił, iż przez dostawę odpowiadającą swoim rodzajem należy rozumieć dostawę wyposażenia dla prosektoriów, w tym: stołów sekcyjnych, stołów do konserwacji zwłok, chłodni na zwłoki, podnośników hydraulicznych do zwłok, i pozostałego wyposażenia typowego dla prosektoriów. Następnie, Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia protestu uznał zarzut zgłoszony w tym zakresie i wycofał się z odpowiedzi na pytanie 2, udzielonej w piśmie z dnia 26 września 2008 roku nr L.dz. 90-0902/926/08, zastrzegając jednocześnie sobie prawo do zweryfikowania dołączonych dokumentów na potwierdzenie wykonanych dostaw.

W ocenie składu orzekającego udzielając w piśmie z dnia 26 września 2008 roku odpowiedzi na pytanie 1, Zamawiający nie dokonał modyfikacji warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale III pkt 2 siwz. Wyjaśnienia, jakkolwiek dookreślały znaczenie pojęcia „dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia”, to jednak nie nadawały jakiegoś nowego znaczenia i nie wprowadzały niedozwolonej modyfikacji warunku. W zapytaniu, wykonawca zwrócił się o wyjaśnienie, czy w ramach dostawy odpowiadającej swoim rodzajem, uznane zostanie inne wyposażenie medyczne nie związane z wyposażeniem dla prosektoriów. Zamawiający udzielając odpowiedzi przytoczył opis przedmiotu części I zamówienia, do którego odnosi się warunek i dotyczącej wyposażenia dla prosektoriów i powtórzył przykładowe wyliczenie elementów tego wyposażenia, które znajdowały się również w ogłoszeniu z dnia 27 sierpnia 2008 roku, a także specyfikacji. Zamawiający udzielając odpowiedzi nie zawęził zakresu dostaw względem treści warunku, w którym odnosi rodzaj dostaw do przedmiotu zamówienia, a którym jest w części I wyposażenie prosektoryjne. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby opis warunku umożliwiał uznanie za porównywalne do przedmiotu zamówienia innego wyposażenia medycznego, jak na przykład wyposażenia oddziału stomatologii.

Odnosząc się natomiast do zarzutu wprowadzenia w odpowiedzi na pytanie nr 2, ukrytego warunku, Izba stwierdza, iż ostatnie zdanie odpowiedzi nie wprowadza żadnego warunku udziału i nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, do którego Zamawiający zwróciłby się z prośbą o wskazanie miejsca realizacji dostaw identycznych urządzeń. Pytanie jak i odpowiedź dotyczyła możliwości zastąpienia zdjęć rysunkami, a dodatkowe zastrzeżenie możliwości poproszenia wykonawcy o wskazanie miejsca, nie zmienia sposobu oceny oferty. Zamawiający może żądać wyjaśnienia treści oferty, jeżeli budzi ona jego wątpliwości co do zgodności z zapisami siwz. Wskazanie miejsca dostawy

urządzenia nie może mieć wpływu przy ustaleniu czy oferta spełnia wymagania techniczne Zamawiającego i nie stanowi żadnego ukrytego warunku w postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła Odwołującego się.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*