

Sygn. akt: KIO/UZP 758 /08

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marek Koleśnikow

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 sierpnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **HAND-PROD Sp. z o.o., ul. St. Leszczyńskiego 40A, 02-496 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn** protestu z dnia **16 lipca 2008 r.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w pakietach nr IV, V, VI, VIA, VII, VIII, IX, X, XI i XIV,

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn

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 **HAND-PROD Sp. z o.o., ul. St. Leszczyńskiego 40A, 02-496 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn** na rzecz **HAND-PROD Sp. z o.o., ul. St. Leszczyńskiego 40A, 02-496 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz 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 **HAND-PROD Sp. z o.o., ul. St. Leszczyńskiego 40A, 02-496 Warszawa**.

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

W dniu 16.05.2008r. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę protez i łąt naczyniowych (Dz.Urz. UE 2008/S 94-127913) i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowanie prowadzone jest z podziałem na 15 (wg ogłoszenia i SIWZ) części (pakietów).

W dniu 10.07.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania m.in. o:

- 1) wyborze oferty najkorzystniejszej w pakietach I, II, IV, V, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV,
- 2) unieważnieniu postępowania w pakietach VI, VIa, IX i X, na podstawie 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, z powodu niezłożenia żadnej ważnej oferty,
- 3) wykluczeniu z postępowania Wykonawcy - Hand-Prod Sp. z o.o.

W dniu 16.07.2008r. Hand-Prod Sp. z o.o., ul. St. Leszczyńskiego 40A, 02-496 Warszawa (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 18.07.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 23.07.2008r. (wpływ bezpośredni – w tej dacie w Urzędzie Zamówień Publicznych złożono odwołanie za pośrednictwem kuriera) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście i odwołaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 22-25, 26, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93 i 181 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wnoszono o uchylenie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, o uchylenie decyzji o unieważnieniu postępowania w pakietach w pakietach VI, VIa, IX i X, i o powtórzenie badania i oceny ofert w pakietach IV, V, VI, VIA, VII, VIII, IX, X, XI i XIV.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

1. Zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 3 i 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, decydując bezpodstawnie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania; w razie, gdyby oświadczenie Odwołującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu budziło wątpliwości, miał on obowiązek wezwać go do uzupełnienia dokumentów bądź do złożenia wyjaśnień;
2. Produkty zaoferowane przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w pakiecie nr IV nie odpowiadają wymogom SIWZ. Ponadto Odwołujący wskazał, iż nie ma podstaw, aby twierdzić, że produkty oferowane w pakiecie nr IV przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych SA i w pakiecie XIV przez HAMMERmed są równe bądź lepsze od produktów oferowanych przez Hand-prod Sp. z o.o.;
3. Zamawiający naruszył przepis art. 181 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, bowiem oddalenie protestu przed upływem terminu do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku protestu uniemożliwiło innym uczestnikom postępowania przyłączenie się do protestu.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący złożył ofertę na 10 części zamówienia (pakietów): IV, V, VI, VIA, VII, VIII, IX, X, XI i XIV. Na rozprawie Odwołujący sprecyzował, że wniesione środki ochrony prawnej dotyczą wszystkich pakietów, w których złożył oferty. Równocześnie wycofał się z zarzutu naruszenia art. 23 i 90 Prawa zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania – zarzutów zarówno w zakresie wykluczenia Odwołującego, jak i odrzucenia oferty konkurencyjnej oraz odnośnie oceny

jakościowej - jego oferta mogłaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w poszczególnych pakietach.

Zasadniczy zarzut protestu i odwołania opiera się na twierdzeniu Odwołującego, że został bezpodstawnie wykluczony z postępowania.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący podlegał wykluczeniu, ponieważ złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w sposób wadliwy, a więc niepodlegający uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W oświadczeniu ze str. 25 oferty Odwołujący mianowicie oświadczył, że nie podlega „wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 22 ust. 1”, po czym zacytował treść art. 22 ust. 1 punkty od 1 do 4. Ponadto Odwołujący złożył osobne oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania (str. 26 i 27 oferty) i oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, z powołaniem się na art. 44 Prawa zamówień publicznych (str. 28 oferty).

Biorąc pod uwagę wyżej opisany stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Odwołujący skutecznie złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy:

- 1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
- 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 3) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;
- 4) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Wszystkie opisane wyżej cztery przesłanki możliwości ubiegania się o zamówienie (trzy „pozytywne” – posiadanie pewnych cech czy umiejętności wymienionych w punktach 1-3 art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz jedna „negatywna” – brak podstaw wykluczenia wymienionych w art. 24 Prawa zamówień publicznych) muszą być spełnione łącznie. Oprócz dokumentów poświadczających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca składa oświadczenie w tym zakresie (art. 44 Prawa zamówień publicznych). Oświadczenie Odwołującego na str. 25 w pełni odzwierciedla sens art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby brak zatem było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, bowiem już oświadczenie ze strony 25 oferty było wystarczające. Za skuteczne oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu również można uznać oświadczenie złożone na str. 28 oferty Odwołującego.

Wobec powyższych okoliczności, Izba uznała, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania, naruszył art. 22, 24, 25 i 92 Prawa zamówień publicznych, jednak nie naruszył art. 26 Prawa zamówień publicznych, ponieważ skoro oświadczenie Odwołującego zostało uznane za złożone skutecznie, nie zaszła potrzeba wzywania do uzupełnienia oświadczenia.

Zamawiający nie naruszył również art. 87 Prawa zamówień publicznych, bowiem przepis tego artykułu dotyczy wyjaśnienia treści oferty, a nie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Izba również uwzględniła zarzut naruszenia art. 93 Prawa zamówień publicznych (bezpodstawne unieważnienie postępowania w poszczególnych pakietach).

Odnosząc się do drugiego zarzutu – porównania jakości oferowanego sprzętu - Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dokonywał porównania ofert pod względem jakości.

Kryteria oceny ofert były ustalone w sposób następujący:

- dla pakietów I-III i IX cena 100%;
- dla pakietów IV-VIII i X-XV cena 70%, jakość 30%.

W protokole z posiedzenia komisji przetargowej w dn. 10.07.2008r. stwierdzono, iż skoro ocenie podlegać miałyby oferty które ze sobą nie konkurują, komisja przetargowa odstępuje od oceny jakościowej. W pakietach, co do których Odwołujący twierdzi, że oferowane przez niego produkty są „lepsze”, ocenie podlegała tylko jedna oferta, dlatego, i wobec braku porównania ofert przez Zamawiającego, nie można odnieść się do tezy Odwołującego o wyższości jego produktów nad produktami konkurencji. Ponadto zauważyć należy, iż Odwołujący, porównując jakość asortymentu oferowanego w poszczególnych pakietach, nie posługuje się podkryteriami podlegającymi ocenie w kryterium jakości.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 91 Prawa zamówień publicznych, jednak wskazuje, że Zamawiający przy powtórnej ocenie ofert powinien ocenić oferty zgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ.

Odwołujący zarzucił również, że produkty zaoferowane przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych SA w pakiecie IV nie odpowiadają treści SIWZ. Ani w proteście, ani w odwołaniu Odwołujący nie poparł takiego stanowiska żadnymi argumentami, nie sprecyzował nawet, jakich parametrów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oferta Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych SA miałyby nie spełniać. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych SA nie odpowiada treści SIWZ w zakresie pakietu nr IV i zarzut naruszenia art. 89 Prawa zamówień publicznych oddaliła.

Nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Nierówne traktowanie wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 181 ust. 4 Prawa zamówień publicznych – Odwołujący twierdził, że rozstrzygnięcie protestu przed upływem terminu do przystąpienia uniemożliwia innym uczestnikom postępowania skuteczne przystąpienie. Stanowisko Odwołującego nie jest jednak zasadne – nic nie stoi na przeszkodzie, aby przystąpić skutecznie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu już po jego rozstrzygnięciu; przesłanki skutecznego przystąpienia do protestu wynikają wyłącznie z art. 181 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (posiadanie interesu prawnego w rozstrzygnięciu na korzyść którejś ze stron i zgłoszenie przystąpienia w przepisany terminie), zatem możliwe jest poinformowanie o wniesieniu protestu i wezwanie do przystąpienia do niego nawet jednocześnie z jego rozstrzygnięciem.

Izba oddaliła również zarzuty naruszenia art. 88 Prawa zamówień publicznych (poprawianie omyłek rachunkowych), wobec braku jakiegokolwiek argumentacji Odwołującego w tym zakresie.

Wobec stwierdzenia przez Izbę braku podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania w związku z treścią złożonego przez niego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, Izba nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w pakietach IV, V, VI, VIA, VII, VIII, IX, X, XI i XIV. zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) 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:

.....

.....