

Sygn. akt: KIO/UZP 657/09

POSTANOWIENIE

z dnia 4 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Jolanta Markowska
	Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 4 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Makro Market 2000 Sp. z o.o., 53-234 Wrocław, ul. Grabiszyńska 272** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II, 31-202 Kraków, ul. Prądnicka 80** protestu z dnia 24 kwietnia 2009 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego Content Sp. z o.o., 40-161 Katowice, Al. W. Korfatego 66** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Makro Market 2000 Sp. z o.o., 53-234 Wrocław, ul. Grabiszyńska 272 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Makro Market 2000 Sp. z o.o., 53-234 Wrocław, ul. Grabiszyńska 272,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Makro Market 2000 Sp. z o.o., 53-234 Wrocław, ul. Grabiszyńska 272** na rzecz **Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II, 31-202 Kraków, ul. Prądnicka 80** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Makro Market 2000 Sp. z o.o., 53-234 Wrocław, ul. Grabiszyńska 272.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów elektrycznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 marca 2009 r. pod numerem 71384-2009.

W dniu 20 kwietnia 2009 r. (pismem z dnia 17 kwietnia 2009 r.) Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w ramach pakietu III oferty Wykonawcy Makro Market 2000 Sp. z o.o.

W dniu 24 kwietnia 2009 r. (drogą faksową, pisemnie w dniu 28 kwietnia 2009 r.) Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Content Sp. z o.o. zwany dalej Protestującym wniósł protest wobec ww. czynności Zamawiającego stwierdzając, iż Wykonawca Makro Market 2000 Sp. z o.o. zaoferował baterię LR03 firmy Samsung o przeciętnej pojemności, nie spełniając tym samym wymogów Zamawiającego, który w pozycji 1 wymagał dostarczenia baterii LR03 Philips Powerlife. Jak wskazał Protestujący, baterię opisaną w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia charakteryzuje bardzo wysoka jakość oraz większa od standardowych baterii alkalicznych pojemność, dlatego też przeznaczona jest ona do produktów o dużym poborze energii. Protestujący zwrócił też uwagę na treść pkt 3 Specyfikacji, zgodnie z którym Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne w takim zakresie, w jakim przywołane zostały w Specyfikacji normy lub nazwy własne.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu, unieważnienie czynności oceny ofert i dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2008 r. Zamawiający wezwał Wykonawców biorących udział w postępowaniu do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 6 maja 2009 r. Wykonawca Makro Market 2000 Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 11 maja 2009 r. (pismem z dnia 8 maja 2009 r.) przez jego uwzględnienie stwierdzając, iż wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia produkt tj. bateria alkaliczna LR03 Philips Powerlife jest baterią przeznaczoną do zasilania urządzeń o dużym poborze energii, jak np. urządzenia medyczne typu Holter. Zwykłe baterie alkaliczne nie podtrzymują pracy ww. urządzenia medycznego w pełnym 24 godzinnym cyklu, co prowadzi do straty zapisu badania. Zamawiający oświadczył, iż opisanie w Specyfikacji przedmiotu dostawy jako „bateria alkaliczna Philips

Powerlife lub równoważne” miało na celu pozyskanie produktów o zwiększonej wydajności i pojemności energetycznej. Zamawiający, po ponownym sprawdzeniu i przeanalizowaniu własności technicznych baterii alkalicznych firmy Samsung stwierdził, że nie posiadają one zwiększonej wydajności i pojemności energetycznej, gdyż należą do grupy baterii standardowych. Wyjaśnił, iż w warunkach szpitalnych nie sprostały one zapotrzebowaniu energetycznemu urządzeń, co zostało stwierdzone doświadczalnie w teście 24 godzinnym pracy Holtera.

Jednocześnie Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach ponownej oceny ofert, w wyniku której za najkorzystniejszą została uznana oferta Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego Content Sp. z o.o. W wyniku tej czynności oferta Makro Market 2000 Sp. z o.o. została odrzucona jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Wykonawca Makro Market 2000 Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym, który wniósł w dniu 15 maja 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i postanowieniami Specyfikacji,
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dokumentów na okoliczność parametrów zaoferowanych baterii w celu potwierdzenia spełniania przez Odwołującego wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji w sytuacji, w której oferta ta spełnia jej wymagania.

W uzasadnieniu Odwołujący oświadczył, iż zaproponował baterie odpowiadające przedmiotowi zamówienia oraz oczekiwaniom Zamawiającego. Zwrócił uwagę, iż Zamawiający w Załączniku nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pakiet III, wskazał przykładowe baterie, nie podając szczegółowych parametrów, których spełnienia oczekiwał, w tym zakresie nie wpłynęły też prośby Wykonawców o wyjaśnienie treści Specyfikacji. Podniósł, iż Zamawiający zarówno w Specyfikacji, jak i w trakcie analizy i oceny ofert nie żądał od Wykonawców przedstawienia jakichkolwiek certyfikatów, zestawień parametrów czy próbek, które mogłyby zostać poddane testom. Co więcej, Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, przekazanie próbek bądź szczegółowych informacji na temat zaoferowanych baterii. Ponadto, jak zauważył

Odwołujący, Zamawiający nie określił do zasilania jakich urządzeń mają służyć baterie stanowiące przedmiot zamówienia, zatem wskazywanie urządzeń na obecnym etapie postępowania stanowi, w ocenie Odwołującego, modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zdaniem Odwołującego, niezrozumiałe jest również, jakie własności techniczne analizował Zamawiający w odniesieniu do oferowanych baterii, skoro nie żądał od Odwołującego przedstawienia próbek. Ponadto nieznanym jest Odwołującemu sposób, w jaki Zamawiający dokonał analizy, o której wspomina w rozstrzygnięciu protestu.

Odwołujący poinformował, iż zlecił przeprowadzenie profesjonalnych badań baterii przykładowo wskazanych przez Zamawiającego w Specyfikacji oraz baterii przez niego zaoferowanych i zestawienie oraz porównanie parametrów obydwu produktów. Odwołujący podkreślił, iż wykonane badanie wykazuje spełnienie przez niego wszelkich wymagań Specyfikacji pod względem parametrów oferowanych produktów. Kopię wykonanych badań Odwołujący załączył do odwołania.

Odwołujący wniósł o:

- stwierdzenie, że uznanie przez Zamawiającego protestu Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego Content Sp. z o.o. jest niezasadne i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami dokumentacji przetargowej, w szczególności z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- uznanie, że czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego i uznaniu za najkorzystniejszą oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego Content Sp. z o.o. są niezasadne i nakazanie Zamawiającemu:
 1. unieważnienia rozstrzygnięcia protestu i dokonanej w jego wyniku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. dokonania ponownego rozstrzygnięcia protestu,
 3. uznania oferty Odwołującego za ważną i nie podlegającą odrzuceniu,
 4. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 19 maja 2009 r. Protestujący.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron dokonała następujących ustaleń i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu ustalono, iż informację o rozstrzygnięciu postępowania zarówno Przystępujący, jak Odwołujący otrzymali w dniu 20 kwietnia 2009 r., zatem od tej daty należy liczyć siedmiodniowy termin na wniesienie protestu wskazany w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zarówno z akt sprawy, jak i z oświadczeń stron złożonych na posiedzeniu wynika, iż Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Content Sp. z o.o. wniosło protest drogą faksową w dniu 24 kwietnia 2009 r. (pismo to dotarło do Zamawiającego pocztą w dniu 28 kwietnia 2009 r.). Z uwagi na dyspozycję art. 180 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym protest uznaje się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią, pomimo zastrzeżenia do porozumiewania się pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami formy pisemnej (pkt 10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), Izba za skuteczne uznała wniesienie protestu drogą faksową w dniu 24 kwietnia 2009 r.

Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), wobec czego zamawiający zobowiązany jest po upływie ww. siedmiodniowego terminu w ciągu 10 dni ustosunkować się do złożonych środków ochrony prawnej, przy czym zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp brak rozstrzygnięcia protestu w ww. terminie uznaje się za jego oddalenie. W przedmiotowym stanie faktycznym termin na złożenie protestu na czynność oceny ofert mijał w dniu 27 kwietnia 2009 r. Termin na rozstrzygnięcie przez Zamawiającego wniesionych środków ochrony prawnej w niniejszym stanie faktycznym upłynął w dniu 7 maja 2009 r. W tym dniu zatem wniesiony przez Przystępującego protest został oddalony. Bez znaczenia jest przy tym dla toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego fakt, iż Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2009 r. otrzymanym przez Odwołującego w dniu 11 maja 2009 r. protest Przystępującego uwzględnił, bowiem czynnością dokonaną w terminie była jedynie czynność jego oddalenia przez zaniechanie rozstrzygnięcia. Wskazać przy tym należy, iż ustawa Pzp nie przewiduje możliwości dokonania powtórnego rozstrzygnięcia protestu.

Wobec powyższego, od dnia 7 maja 2009 r. należy liczyć bieg pięciodniowego terminu na wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia protestu, wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Termin ten upłynął w dniu 12 maja 2009 r.

Biorąc pod uwagę, iż przekroczony został termin wskazany w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż nie zasługuje na uwzględnienie wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp. Izba dała wiarę oświadczeniu Odwołującego, który stwierdził, iż wezwanie do przystąpienia do

postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu otrzymał w dniu 4 maja 2009 r. uznając powyższe za prawdopodobne z uwagi na znajdujące się w aktach sprawy daty wpływu ww. wezwania do pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. 30 kwietnia 2009 r. i 4 maja 2009 r. Tym samym, zgłoszone w dniu 6 maja 2009 r. (drogą faksową, pocztą w dniu 11 maja 2009 r.) przystąpienie Izba uznała za dokonane w ustawowym terminie (art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 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 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 599 zł.

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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....