

Sygn. akt: KIO 2337/14

POSTANOWIENIE
z dnia 24 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 listopada 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada br. przez wykonawcę Porr (Polska) SA w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o. w Ząbkach

przy udziale wykonawcy SKANSKA SA w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę Porr (Polska) SA w i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Porr (Polska) SA w tytule wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o. w Ząbkach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest realizacja inwestycji pn. „Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE pod numerem 2014/S 189-332999 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej w dniu 2 października 2014 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych bądź ustawa).

W dniu 7 listopada 2014 r. Porr (Polska) SA w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym wskazała, że odwołaniem objęte są następujące czynności Zamawiającego:

- I. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżka rehabilitacyjnego (30 szt.) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie lub brak udzielenia przez Zamawiającego jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 31 października 2014 na pytania: nr 19 b), c), d) e), f), h), g); nr 79 a), b), d), g), h);
- II. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżka rehabilitacyjnego (30 szt.) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie przez Zamawiającego lub brak udzielenia jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 5 listopada 2014 r. na pytania: nr 11 d), e), f), odpowiedź na pytanie przed ppkt q), n), j), g), o), p), s);
- III. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżek prostych (253 szt.) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie przez Zamawiającego lub brak udzielenie jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 5 listopada 2014 r. na pytania: nr 1 b), c), d), e), f); nr 12 a), d), f), g), i);
- IV. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżek prostych (253 szt) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie przez Zamawiającego lub brak udzielenia jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 31 października 2014 r. na pytania: nr 78 a), c), d), e); nr 18 a), c), d), e), f), g), h).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 30 ust. 4 ustawy , tj. wyłączenie, poprzez udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi do SIWZ, możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych w zakresie łóżek rehabilitacyjnych i łóżek prostych, których cechy techniczne i jakościowe określone zostały w Załączniku nr 13 do SIWZ, i które pośrednio identyfikują producenta i wyłącznego dystrybutora ww. łóżek i tym samym domaganie się przez Zamawiającego zaoferowania w ofercie wyłącznie łóżek LATERA (jako łóżek rehabilitacyjnych) oraz łóżek CALMA (jako łóżek prostych) firmy LI NET spoi. s r.o., Siany, dla których wyłącznym dystrybutorem na rynku polskim jest firma KONKRET D. F., M. M. Sp. J. z siedzibą w Chełmnie, co nie jest uzasadnione specyfiką zamówienia i stanowi utrudnienie dla uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Powyższe stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy , tj. zasady równego traktowania wykonawców, jako że Zamawiający bez żadnego uzasadnienia dyskryminuje wykonawców, którzy chcą albo są zmuszeni zaoferować rozwiązanie równoważne w stosunku do tych, którzy oferują łóżka producenta wskazanego pośrednio w SIWZ.

2. Art. 29 ust. 1 ustawy w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy z zw. z art. 30 ust. 4 ustawy poprzez udzielenie przez Zamawiającego na niektóre ze ww. pytań do SIWZ odpowiedzi „zgodnie z SIWZ”, co powoduje niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, tj. czy ww. łóżka mają spełniać określone ściśle w Załączniku nr 13 do SIWZ parametry techniczne i jakościowe, czy też może zaoferować łóżka o parametrach wskazanych w pytaniach pod warunkiem, że wykaże iż będą to łóżka o parametrach nie gorszych od wymaganych lub o właściwościach zbliżonych i nadających się funkcjonalnie do zapotrzebowanego zastosowania (rozwiązania równoważne zgodnie z punktem 111.15. SIWZ).

Odwołujący uzasadniał podniesione zarzuty w sposób następujący:

- 1.1 Zamawiający ogłoszeniem z dnia 2 października 2014 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica.

Przedmiotem zamówienia jest - zgodnie z punktem III. SIWZ - wykonanie robót budowlanych, wyposażenie pomieszczeń nowopowstałego obiektu, dostawa wyrobów medycznych i innych specjalistycznych sprzętów medycznych oraz uzyskanie przez wykonawcę w imieniu Zamawiającego określonych decyzji.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji technicznej oraz załącznikach do SIWZ i obejmuje, między innymi, wyposażenie pomieszczeń Szpitala i dostawę wyspecyfikowanych wyrobów medycznych i innego specjalistycznego sprzętu medycznego (punkt III. 6. 12) SIWZ). Według szacunków Odwołującego wartość tych wyrobów i sprzętu stanowi istotną część zamówienia o wartości od kilku do kilkunastu milionów złotych.

- 1.2 W załączniku nr 13 do SIWZ zawarto wykaz wyrobów medycznych i innych specjalistycznych sprzętów medycznych. W zakresie łóżek rehabilitacyjnych Zamawiający wskazał na 34 parametry techniczne i funkcjonalne, które te łóżka muszą spełniać. Odnośnie łóżek prostych określono 19 szczegółowych parametrów.
- 1.3 W rezultacie dokonanego przez Wykonawcę szerokiego rozeznania rynku wymagane przez Zamawiającego parametry dla łóżek rehabilitacyjnych i prostych spełniają wyłącznie produkty firmy LI NET spoi. s r.o., Siany, tj. łóżka o nazwie LATERA (dla łóżek rehabilitacyjnych) oraz łóżka o nazwie CALMA (dla łóżek prostych).

Odwołujący podawał, iż wyłącznym dystrybutorem łóżek tego producenta jest na rynku polskim jest firma KONKRET D. F., M. M. Sp. J. z siedzibą w Chełmnie. Firma KONKRET jest także wyłącznym dystrybutorem innego sprzętu medycznego wymaganego (i wskazującego pośrednio na określonego producenta) przez Zamawiającego.

- 1.4 W punkcie III. 15. SIWZ Zamawiający przewidział, że jeśli w dokumentacji przetargowej (w tym dokumentacji technicznej), wskazana jest nazwa handlowa firmy, towaru lub produktu, Zamawiający - w odniesieniu do wskazanych wprost w dokumentacji przetargowej parametrów. czy danych technicznych lub jakichkolwiek innych), identyfikujących pośrednio lub bezpośrednio towar lub produkt - dopuszcza rozwiązania równoważne zgodne z danymi technicznymi i parametrami zawartymi w w/w dokumentacji. Jako rozwiązania równoważne, należy rozumieć rozwiązania charakteryzujące się parametrami nie gorszymi od wymaganych, a znajdujących się w dokumentacji.

W dalszej części ww. punktu SIWZ Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 30 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

- 1.5 Zamawiający nie określił dla łóżek rehabilitacyjnych i prostych szczegółowych wymogów równoważności. W związku z powyższym dla oceny równoważności należy stosować wytyczne zawarte w punkcie lli. 15 SIWZ.
- 1.6 W odpowiedziach na pytania wykonawców opisanych w punktach od I do IV odwołania Zamawiający nie podaje żadnego uzasadnienia dla wyłączenia możliwości zaoferowania łóżek rehabilitacyjnych i prostych o właściwościach wnioskowanych w pytaniach, w tym dlaczego łóżka o postulowanych właściwościach/parametrach nie będą się nadawać funkcjonalnie do zapotrzebowania Zamawiającego. Odpowiedzi Zamawiającego na pytania opisane w punktach od I do IV odwołania prowadzą do wyeliminowania możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych w zakresie łóżek rehabilitacyjnych i prostych.
- 1.7 Zdaniem Odwołującego, wskazane w pytaniach do Zamawiającego określonych w punkcie I do IV odwołania (zgodnie z Tabelą stanowiącą załącznik nr 1 do odwołania) parametry i właściwości łóżek rehabilitacyjnych i prostych spełniają wymogi ustawy oraz Zamawiającego określone w punkcie lli. 15 SIWZ. Jednocześnie Wykonawca podnosi, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy powinien zachować uprawnienie, aby na etapie badania i oceny ofert wykazać wszelkimi dostępnymi środkami, iż zaoferowane przez niego łóżka rehabilitacyjne i proste o parametrach właściwościach określonych w pytaniach opisanych w punktach od I do IV odwołania, stanowią rozwiązania równoważne do wymagań opisanych przez Zamawiającego. Wobec udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi do SIWZ wykonawca został pozbawiony tego uprawnienia.

2. Uzasadnienie prawne

2.1. Zgodnie z art. 29 ust. 2 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dotyczy to również udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi do SIWZ w zakresie, w jakim dotyczą one opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać także poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. W niniejszym Przetargu ograniczenie przez Zamawiającego ww. odpowiedziami do SIWZ opisu wymaganych łóżek do produktów jednego producenta i jednego dystrybutora nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu Zamówienia.

- 2.2. Stosownie do art. 30 ust. 4 ustawy opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.
- 2.3. Według art. 29 ust. 1 ustawy, zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń. Dotyczy to również udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi do SIWZ w zakresie, w jakim dotyczą one opisu przedmiotu zamówienia. Udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie „zgodnie z SIWZ” na niektóre wskazane w punktach od I do IV odwołania odpowiedzi wykonawców skutkuje niejednoznacznością opisu przedmiotu Zamówienia w zaskarżonym zakresie. Wykonawca nie wie, czy w zakresie wyjaśnianych parametrów/właściwości dalej może zaoferować przedmiot równoważny i równoważność tą musi wykazać na etapie badania i oceny ofert, czy też przedmiot o parametrze/właściwości ściśle określonej w załączniku nr 14 do SIWZ.
- 2.4. Na podstawie art. 30 ust. 5 ustawy wykonawca powołując się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Z uwagi na umiejscowienie powyższego przepisu w ustawie (w przepisach dotyczących postępowania o marnie realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego), należy uznać, że momentem oceny równoważności oferowanego rozwiązania równoważnego jest etap badania i oceny ofert. Na tym etapie wykonawca jest uprawniony wykazać, że zaoferowany przez niego towar posiada właściwości równoważne do tych opisywanych przez zamawiającego.
- 2.5. Co więcej, w razie odrzucenia oferty wykonawcy oferującego rozwiązanie niespełniające wymagań dotyczących równoważności, Zamawiający obowiązany jest na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy podać uzasadnienie faktyczne, dlaczego dany produkt nie spełnia wymogów równoważności. Umożliwia to wykonawcy weryfikację decyzji zamawiającego. W sprawie objętej przedmiotowym odwołaniem Zamawiający arbitralnie i bez jakiegokolwiek uzasadnienia, poprzez udzielone odpowiedzi do SIWZ, zdecydował, że dane rozwiązania w zakresie łóżek rehabilitacyjnych i prostych nie spełniają jego wymogów i wyeliminował skutecznie możliwość zaoferowania innego łóżka spełniającego wymogi równoważności.
- 2.6. W warunkach Przetargu, z uwagi na pośrednie wskazanie producenta łóżek rehabilitacyjnych i prostych i ich wyłącznego dystrybutora, odpowiedzi

Zamawiającego do SIWZ doprowadziły do utrudnienia konkurencji w Przetargu. Nadto, w ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust 1 ustawy , gdyż dyskryminuje wykonawców oferujących łóżka rehabilitacyjne i proste według wskazanego pośrednio producenta (LINET spoi. s r.o) i tych, którzy chcieliby (do czego mają prawo zgodnie z prawem i pierwotną treścią SIWZ) albo zmuszeni są zaoferować łóżka równoważne.

Reasumując, Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania jako całkowicie uzasadnionego;
2. nakazanie Zamawiającemu uchylenie odpowiedzi na pytania wskazane w punkcie I do IV odwołania i dopuszczenie wskazanych w pytaniach opisanych w punkcie I do IV odwołania rozwiązań równoważnych w sposób przedstawiony w Tabeli nr 2 stanowiącej załącznik nr 2 do odwołania. Odwołujący wnosi o dopuszczenie jako zbioru rozwiązań równoważnych dla:
 - a) łóżka rehabilitacyjnego także parametrów/właściwości wskazanych w kolumnie nr 2 i/lub kolumnie nr 3 i/lub kolumnie nr 4 tabeli
oraz
 - b) łóżka prostego także parametrów/właściwości wskazanych w kolumnie nr 2 i/lub kolumnie nr 3 i/lub kolumnie nr 4 tabeli i/lub kolumnie nr 5.

a w razie uznania, że dokonanie oceny w zakresie elementów równoważności należy dokonać na etapie badania i oceny ofert Odwołujący wnosi o:

3. uchylenie odpowiedzi na pytania wskazane w punkcie I do IV odwołania i wskazanie w odpowiedzi na te pytania, że ocena, czy zaoferowane przez wykonawcę łóżka rehabilitacyjne i proste spełniają wymogi dla rozwiązań równoważnych zostanie dokonana na etapie badania i oceny ofert zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy .

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpiła SKANSKA SA w Warszawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo Zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 r., w aktach sprawy) wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ustęp 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że odwołanie wniesiono po terminie. Podnosił, że Odwołujący w istocie kwestionuje opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ od dnia jej opublikowania. Podkreślał, że nic w tym zakresie nie zmieniło się w trakcie postępowania – w szczególności, pierwotnej treści SIWZ

w zakresie opisu parametrów nie zmieniły odpowiedzi na pytania wykonawców, udzielone w dniu 31 października i 5 listopada 2014 r.

Izba z urzędu bada, czy zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. W tym celu w niniejszej sprawie konieczne było dokonanie ustaleń, od jakiej czynności Odwołujący w istocie wnosi odwołanie: od postanowień SIWZ (ogłoszonych w dniu 2 października 2014 r.) – wówczas odwołanie wniesione byłoby z upływem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, czy od zmian SIWZ dokonanych w dniu 31 października i 3 listopada 2014 – wówczas odwołanie jest wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego jest uzasadniony: zaistniała podstawa do odrzucenia odwołania, jako wniesionego po upływie terminu.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ zostały opublikowane w dniu 2 października 2014 r. W dniach 31 października i 3 listopada 2014 Zamawiając opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców. W zakresie objętym odwołaniem - w odniesieniu do odpowiedzi oznaczonych

1. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżka rehabilitacyjnego (30 szt.) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie lub brak udzielenia przez Zamawiającego jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 31 października 2014 na pytania: nr 19 b), c), d) e), f), h), g); nr 79 a), b), d), g), h);
2. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżka rehabilitacyjnego (30 szt.) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie przez Zamawiającego lub brak udzielenia jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 5 listopada 2014 r. na pytania: nr 11 d), e), f), odpowiedź na pytanie przed ppkt q), n), j), g), o), p), s);
3. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżek prostych (253 szt.) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie przez Zamawiającego lub brak udzielenia jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 5 listopada 2014 r. na pytania: nr 1 b), c), d), e), f); nr 12 a), d), f), g), i);
4. W zakresie opisu wymagań dotyczących łóżek prostych (253 szt.) zawartych w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie przez Zamawiającego lub brak udzielenia jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ z dnia 31 października 2014 r. na pytania: nr 78 a), c), d), e); nr 18 a), c), d), e), f), g), h)

wszystkie pytania wykonawców zostały sformułowane według takiego samego schematu: „czy Zamawiający dopuszcza [i w tym miejscu następowała propozycja wykonawcy zmiany

postanowień SIWZ]”. Na wszystkie pytania, oprócz jednego, Zamawiający udzielał odpowiedzi „Nie” bądź „Zgodnie z SIWZ”. Odpowiedź na pytanie nr 11 j z dnia 5 listopada 2014 r. brzmiała „Tak dopuszcza”, a Odwołujący nie podawał, w jakim zakresie dopatruje się naruszenia przepisu Prawa zamówień publicznych w dopuszczeniu przez Zamawiającego konkretnego rozwiązania proponowanego przez wykonawcę, który zadał to pytanie.

Odwołujący w odwołaniu dochowanie terminu na wniesienie odwołania opisał następująco: „Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 października 2014 r. pod numerem 2014/S 189-332999.

W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy w został dochowany przez Odwołującego.” (strona pierwsza odwołania).

W treści odwołania Odwołujący nie podaje, dlaczego wszystkie udzielone odpowiedzi są dla niego niejasne. W uzasadnieniu odwołania, opisując kwestionowane przez siebie parametry wymagane w SIWZ, w ogóle nie powołuje się na treść odpowiedzi na pytania do SIWZ, a jedynie na załącznik nr 13 do SIWZ, zgodnie z jego pierwotną treścią. Co więcej, opisując skarżone czynności, sam Odwołujący w odwołaniu podaje, że są to czynności „zawarte w Załączniku nr 13 do SIWZ udzielenie lub brak udzielenia przez Zamawiającego jednoznacznych wyjaśnień do SIWZ” – a zatem, skoro opis kwestionowanych parametrów zawarty był w pierwotnej treści SIWZ, na co wskazuje sam Odwołujący w odwołaniu, a odpowiedzi na pytania nie zmieniły pierwotnej treści SIWZ, to zarzuty odwołania sprowadzają się do kwestionowania pierwotnej treści SIWZ.

Reasumując, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ustęp 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jako wniesione po terminie, który biegł od dnia opublikowania SIWZ.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że Odwołujący w żaden sposób w odwołaniu nie zmierzał do wykazania zarzutów jakimikolwiek dowodami, a jedynie podnosił, iż jego zdaniem, wskazane w pytaniach do Zamawiającego określonych w punkcie I do IV odwołania parametry i właściwości łóżek rehabilitacyjnych i prostych spełniają wymogi ustawy oraz Zamawiającego określone w punkcie III.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: