

**WYROK**

**z dnia 6 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Medline Sp. z o.o., ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PARAMEDICA MIL-SYS J. Posmyk Sp. J., Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K., ul. Drewniana 9/15, 00-345 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego w zakresie dotyczącym pakietu nr 19;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PARAMEDICA MIL-SYS J. Posmyk Sp. J., Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K., ul. Drewniana 9/15, 00-345 Warszawa** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Medline Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PARAMEDICA MIL-SYS J. Posmyk Sp. J., Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K., ul. Drewniana 9/15, 00-345** na rzecz wykonawcy **Medline Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: WOJSKOWY OŚRODEK FARMACJI I TECHNIKI MEDYCZNEJ w Celestynowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę plecaków medycznych (zestawów medycznych) - sprawa nr WOFiTM/17/2015/PN”. Procedura ta dotyczy wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie wszczynające przedmiotowe postępowanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 17 lutego 2015 r. nr 2015/S 033-055752. Zamawiający w tym samym dniu zamieścił specyfikacje istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Wykonawca wnoszący odwołanie: MEDLINE Sp. z o.o. Zielona Góra w zakresie pakietu nr 19 - zestaw dojścia do szpikowego zarzucił, że czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej została dokonana z naruszeniem prawa, gdyż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, która w przypadku nieodrzczenia byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

Naruszone przepisy ustawy: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., zwana dalej ustawą Pzp).

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 12.06.2015,
- 2) powtórzenia oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, odrzucenie przez Zamawiającego oferty pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, który złożył ofertę najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert..

**UZASADNIENIE**

W dniu 12 czerwca 2015 r. Odwołujący otrzymał faksem zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na dostawę sprzętu medycznego - sprawa nr WOFiTM/17/2015/PN, w zakresie dotyczącym pakietu nr 19, W treści tego zawiadomienia Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego z następującym uzasadnieniem prawnym i faktycznym (cyt.):

Działając na podstawie art. 92 ust 1 pkt 2 Ustawy Zamawiający zawiadamia, że na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 odrzucił ofertę firmy Medline Sp. z o.o. w pakiecie nr 19. Uzasadnienie faktyczne:

Zgodnie z wymaganiami w Rozdziale IX ust 2 lit b SIWZ oraz modyfikacji z dnia 01.04.2015 r. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał spełnienie następujących warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia:

Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jeżeli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej 2 dostawy będące przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejsza niż: Pakiet nr 19- Zestaw dojścia doszpikowego - 70 000,00 zł

Firma wykonała tylko jedną dostawę zestawów wkluc doszpikowych o wartości zgodnej z SIWZ. Pozostałe wartości dot. kwot poniżej 70 000,00 zł.

W związku z powyższym oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 - treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje na brak związku wskazanej podstawy prawnej odrzucenia oferty z przywołanym uzasadnieniem faktycznym. Uzasadnienie to odnosi się do oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, co w przypadku ewentualnej oceny negatywnej powinno skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie ze względu na określoną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, tymczasem w przywołanym uzasadnieniu Zamawiający nie wskazał żadnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią siwz, jego czynność jest bezpodstawną i narusza prawo.

Przyjmując, że intencją zamawiającego było wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 wskutek niewykazania spełniania warunków udziału 2w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy odwołujący stwierdza, co następuje. Powołał treść warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia tj. wykonania co najmniej 2 dostaw będących przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż: Pakiet 19 – 70 000 zł.

Zdaniem odwołującego z siwz wynika, że w zakresie pakietu nr 19 należ wykazać się:

- a/ co najmniej dwiema dostawami,
- b/ będącymi przedmiotem zamówienia,
- c/ na kwotę nie mniejszą niż 70 000 zł.

Odwołujący w załączonym do oferty wykazie dostaw potwierdził wykonanie następujących dostaw: dostawy igieł doszpikowych typu BIG o wartości 93 906,85 zł dla Rexomed sp. z o.o. w Szczecinie, dostawy igieł doszpikowych typu BIG o wartości 69 218,92 zł dla Bialmed sp. z o.o. w Białej Piskiej i dostawa sprzętu medycznego w tym: igły doszpikowe, stazy taktyczne, szyny wyciągowe o wartości 68 398,02 zł dla Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego w Meditrans SPZOZ w Warszawie.

Powyższe potwierdza posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia pod względem wymaganej liczby dostaw, ich przedmiotu oraz wartości.

Tymczasem z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający odnosi wskazaną w treści warunku kwotę 70 000 zł do każdej z dwóch wymaganych dostaw. W ocenie Odwołującego, taka interpretacja treści warunku wiedzy i doświadczenia nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Zamawiający nie sprecyzował bowiem, aby wartość każdej z wykonanych dostaw wynosiła nie mniej niż 70 000,00 zł. Przyjęty w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty sposób rozumienia treści warunku należy uznać za próbę doprecyzowania przez Zamawiającego zapisów SIWZ po upływie terminu składania ofert, co stanowi niedopuszczalne, rażące naruszenie zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Jeżeli intencją Zamawiającego było, by wykonawcy wykazali się wykonaniem co najmniej dwóch dostaw o wartości 70 000 zł każda, to należy stanowczo podkreślić, że intencja ta nie znalazła przełożenia na zapisy SIWZ.

W tym miejscu podkreślić należy niekwestionowaną zasadę, iż wszelkie wątpliwości co do treści SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych zapisów SIWZ, w szczególności zapisów nieodzwierciedlających rzeczywistych intencji Zamawiającego. Przez wzgląd na tę zasadę, nawet przy założeniu, iż treść opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w postępowaniu można odczytać także w sposób inny niż przyjęty przez Odwołującego przy sporządzaniu oferty, w pełni uzasadniony jest wniosek o braku podstaw do przyjęcia przez Zamawiającego zawężającej wykładni zapisów SIWZ na etapie badania i oceny ofert. Przyjęcie takiej wykładni i odrzucenie na jej podstawie oferty Odwołującego należy uznać za mające wpływ na wynik postępowania naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym zarówno art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy (podstawa prawna wskazana przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia), jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (podstawa prawna właściwa dla czynności wykluczenia wykonawcy, który w ocenie Zamawiającego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Zamawiający w piśmie skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 24 czerwca 2015 r. oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu wykonawcy Medline sp. z o.o. i dokona czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył sprzeciw od uwzględnienia w całości odwołania.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli w toku rozprawy oświadczenia, w których podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Odwołujący zaznaczył, że odwołanie dotyczy pakietu nr 19, natomiast wskazanie w jednym miejscu odwołania nr 8 jest oczywistą omyłką. Zauważył, że nie ma przeszkód wskazania większej liczby dostaw niż wymagane minimum. W ofercie przedstawił 3 dostawy główne. Różne sformułowania w innych postępowaniach, na które wskazuje przystępujący, nie mają znaczenia przy ocenie opisu warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Stwierdził, że analizowany warunek jest co najmniej nieprecyzyjny. Nie miał wątpliwości na etapie składania ofert. Rozbieżności pojawiły się w toku oceny ofert i kolejnych czynności postępowania. Podkreślił konieczność dokonywania wykładni językowej sformułowań SIWZ. Wykładnia taka nie prowadzi jednoznacznie do wniosku jaki przedstawia przystępujący.

Zamawiający podtrzymuje stanowisko zawarte w złożonym piśmie, w którym oświadczył, iż uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na treść warunku udziału w postępowaniu, którą ocenia jako klarowną i jasną. Stwierdził, że należało się wykazać dwiema dostawami, z których każda przekracza wartościowo kwotę graniczną określoną w SIWZ. Zauważył, że na potwierdzenie spełniania spornego warunku odwołujący przedstawił trzy prace. Stwierdził, że odwołujący jest doświadczonym, profesjonalnym wykonawcą uczestniczącym w szeregu postępowań z analogicznymi warunkami udziału jak w niniejszym. Podkreślił, że odwołujący wykazał tylko jedną dostawę potwierdzającą spełnienie wymogu. Złożył do akt wyciągi z siedmiu SIWZ postępowań prowadzonych przez zamawiającego. Zauważył, że w niektórych wymagano wykazania się dostawami na kwotę łączną nie mniejszą niż (...), natomiast w niniejszym postępowaniu brak takiego stwierdzenia oznacza, iż minimalna wartość każdej dostawy powinna przekraczać ustalony próg minimalny. Zauważył, że pozostali wykonawcy tak rozumieli sporny warunek. Obecną interpretację warunku ocenia jako nadużycie i próbę obejścia prawa przez zamawiającego, jak i odwołującego. Stwierdził, że odmienne rozumienie spornego warunku przedstawił wykonawca dopiero w odwołaniu. Wcześniej takie wątpliwości nie były formułowane, nie miał ich także zamawiający. Wskazał na warunek SIWZ dla pakietu 19 i treść analogicznych warunków w innych postępowaniach. Stwierdził, że odwołujący nie przedstawił dowodu na potwierdzenie swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującą

postanowienia siwz oraz treść oferty odwołującego , jak również stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że co do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały wypełnione wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zgodnie z wymogiem ujętym w Rozdziale IX pkt 2 litera b siwz na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu zakresie objętym sporem tj. dla pakietu 19, wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej 2 dostawy będące przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż - Pakiet nr 19 – 70 000 zł.

Odwołujący w załączonym do oferty wykazie dostaw potwierdził wykonanie następujących dostaw: dostawy igieł doszypikowych typu BIG o wartości 93 906,85 zł dla Rexomed sp. z o.o. w Szczecinie, dostawy igieł doszypikowych typu BIG o wartości 69 218,92 zł dla Bialmed sp. z o.o. w Białej Piskiej i dostawa sprzętu medycznego w tym: igły doszypikowe, stazy taktyczne, szyny wyciągowe o wartości 68 398,02 zł dla Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego w Meditrans SPZOZ w Warszawie.

Przedmiotem sporu między odwołującym a przystępującym do postępowania odwoławczego, przy uwzględnieniu zarzutów odwołania przez zamawiającego jest, czy wskazana w treści warunku kwota 70 000 zł odnosi się do każdej z co najmniej dwóch wymaganych dostaw, a dokładnie do każdej z dostaw z osobna, czy też kwota 70 000 złotych jest łączną kwotą (sumą wartości) co najmniej dwóch dostaw, których zrealizowanie należało wykazać zamawiającemu. Oczywiste jest w świetle zacytowanej treści warunku stwierdzenie, że brak w nim elementów dookreślających, czy kwota 70 000 jest dolnym progiem wartości dostaw wymaganych w spornym warunku, czy każdej z dostaw odrębnie.

Pozostaje zatem sformułowanie „co najmniej 2 dostawy będące przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 70 000 zł. Po zredukowaniu do istoty sporu pozostaje: co najmniej 2 dostawy na kwotę nie mniejszą niż/.../. W ocenie składu orzekającego powyższe sformułowanie oznacza, iż wystarczające jest wykazanie się minimalną wymienioną wartością dostaw co najmniej dwóch, odniesioną do tych dostaw. Należy zauważyć, że w siwz określenie wartości zostało podane w liczbie pojedynczej (jedna wartość) z odniesieniem do co najmniej 2 dostaw.

Izba zauważa ponadto, że sformułowania siwz w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, zarówno podobne, jak i odmienne do użytego w niniejszym postępowaniu nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w postępowaniu niniejszym, niezależnie od faktu, że nie pozostają w żadnej sprzeczności z tym orzeczeniem.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji zauważając, że rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający w rzeczywistości wykluczył wykonawcę z postępowania i odrzucił ofertę.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi przystępującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz
- stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....