

Sygn. akt KIO/UZP 152/08

WYROK

dnia 06 marca 2008 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie, w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Baxter Terpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera w Krakowie protestu z dnia 01 lutego 2008r.

przy udziale Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

I. uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie;

II. Kosztami postępowania obciążyć Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera w Krakowie i nakazuje:

1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez Baxter Terpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
2. dokonać wpłaty kwoty 7.664 zł. (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera w Krakowie na rzecz Baxter Terpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego, w tym koszty zastępstwa prawnego
3. dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Baxter Terpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Uzasadnienie

W postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera w Krakowie na „dostawę preparatów do żywienia pozajelitowego” wykonawca Baxter Terpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 01.02.2008r. wniósł protest na treść ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie:

1. wskazania różnych dat terminu składania i otwarcia ofert w ogłoszeniu i SIWZ
2. opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny
3. wadliwych warunków zwrotu wadium
4. opisu sposobu dokonywania oceny ofert

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 86 ust. 2, art. 40 ust. 6 pkt. 2, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 3 i art. 36 ust. 1 pkt. 13 Pzp.

Wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Brak możliwości modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, kryterium oceny ofert oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp).

W dniu 14.02.2008r. Zamawiający uwzględnił protest wykonawcy Baxter Terpol Sp. z o.o. w zakresie zarzutu opisu warunków zwrotu wadium w ten sposób, że podjął decyzję o wykreśleniu z SIWZ wadliwego pouczenia o warunkach zwrotu wadium, a w pozostałym zakresie protest oddalił.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp podniósł, że ustalając kryteria oceny ofert i dając pierwszeństwo mieszaninom tłuszczów LCT+MCT (10 pkt.) nie naruszył zasad uczciwej konkurencji, ponieważ na rynku działa obecnie więcej niż jeden podmiot mogący zaoferować emulsję LCT+MCT. Przyznając preferencje tej mieszaninie kierował się dobrem pacjenta i wykorzystał własne doświadczenia kliniczne w stosowaniu tego rodzaju mieszaniny w żywieniu pozajelitowym pacjentów ciężko chorych (krótki okres kuracji i statystyczne zmniejszenie liczby powikłań). Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą podniósł, że nie naruszył zasad uczciwej konkurencji ustalając kryteria oceny ofert, ponieważ ustalił największą liczbę punktów dla określonego składu mieszaniny tłuszczu, a nie określonej marki produktu, czy producenta. Według wiedzy Zamawiającego na rynku wspólnotowym istnieje co najmniej dwóch producentów tego rodzaju mieszaniny i wielu dostawców.

W ocenie Zamawiającego w sposób możliwie dokładny i szczegółowy opisał przedmiot zamówienia.

Odnosnie zarzutu wadliwego opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny w zakresie pkt. VI.4 SIWZ podniósł, że kwestionowany przez protestującego zapis należy czytać łącznie z art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie Zamawiającego wprowadzony przez niego zapis do SIWZ nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa.

Odnosnie zarzutu dotyczącego żądania w ramach Wykazu oświadczeń i dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pkt. VII SIWZ) dokumentów z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej Zamawiający uznał, że nie miał obowiązku wskazywania konkretnej kwoty środków, jakie wykonawcy powinni posiadać na ww. rachunkach. Zdaniem Zamawiającego wystarczy, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykażą, że posiadają jakiegokolwiek środki finansowe i zdolność kredytową, a jednocześnie nie mają debetów na swoich kontach.

Odnosnie zarzutu wskazania różnych dat terminu składania i otwarcia ofert w ogłoszeniu oraz SIWZ, Zamawiający przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu dzień otwarcia ofert ustalono na 25.02.2008r. (poniedziałek), dlatego ostatnim dniem pracy był 22.02.2008r. godz. 15.00 (piątek). W istocie na stronach internetowych własnych i Biuletynu Informacji Publicznej termin składania i otwarcia ofert ustalono na dzień 25.02.2008r., w związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do serwisu SIMAP o opinię w kwestii rozbieżności dat i uzyskał odpowiedź, że podana przez ten system zasada dotycząca dat nie działa prawidłowo, a system zostanie wkrótce naprawiony. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał, że uwzględnienie protestu w zakresie przedmiotowego zarzutu przekracza jego kompetencje i oddalił protest w tym zakresie.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 18.02.2008 r. Baxter Terpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożyło odwołanie i tego samego dnia spółka przekazała kopię odwołania Zamawiającemu faksem.

Odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym z art. 184 ust. 2 Pzp.

Skarżący zarzucił Zamawiającemu:

- 1.naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 2.naruszenie art. 86 ust. 2 Pzp poprzez wskazanie w ogłoszeniu innego terminu otwarcia ofert niż termin ich składania
- 3.naruszenie art. 40 ust., 6 pkt. 2 Pzp poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym na stronach internetowych innych informacji, niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE.
- 4.naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp poprzez żądanie dokumentów zbędnych do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- 5.naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wadliwy zapis w zakresie wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, których oferty podlegałyby odrzuceniu
- 6.naruszenie art. 46 ust. 3 Pzp poprzez zastrzeżenie, że wykonawca, który zwróci wadium traci prawo do wniesienia protestu
- 7.naruszenie art. 36 ust. 1 pkt. 13 Pzp poprzez opis sposobu oceny kryterium ofert z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- „uwzględnienie protestu w części żądań nie uwzględnionych w rozstrzygnięciu protestu”
- unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp. w zw. z art. 38 ust. 5 Pzp.

Jednocześnie w uzasadnieniu odwołania skarżący wskazał, że w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. poprzez zapis w pkt. VI.4 SIWZ uznaje wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu za wystarczające.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło przedsiębiorstwo Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu, uprzednio przyłączając się do postępowania protestacyjnego. Wniosło o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu żądania dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz opisu sposobu oceny kryterium z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Na rozprawie przystępujący sprecyzował, że wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołanie jest zasadne i jako takie podlega uwzględnieniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotknięte jest wadą skutkującą unieważnieniem postępowania.

Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu oraz ustalił sposób dokonania oceny spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (pkt. VI.1 c), VI 2. SIWZ) w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę jego spełnienia, a w następstwie tego wyłonienia wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Warunki postawione wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne mają służyć wyborowi wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, dlatego też muszą być określone w sposób precyzyjny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych.

Warunki, jakie powinni spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, zawiera art. 22 ust. 1 Pzp. Między innymi warunkiem jest znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp).

Bezspornie, wskazany przepis zawiera zwroty niedookreślone. Z tego powodu na Zamawiającym ciąży obowiązek wskazania wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jaką sytuację ekonomiczną i finansową uzna finalnie za wystarczającą dla oceny, czy wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zobowiązania. Nie można zatem uznać za wystarczające skopiowanie treści art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp. do treści SIWZ - „Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia warunków” bez dookreślenia jaką kondycję finansową i ekonomiczną wykonawcy zamawiający uzna za dającą gwarancję należytego wykonania zobowiązania. Powyższe powinno następnie znaleźć odzwierciedlenie w opisie sposobu dokonywania oceny i w wykazie żądanych dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w danym postępowaniu.

W niniejszej sprawie Zamawiający w treści SIWZ nie dookreślił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej kondycji ekonomicznej, finansowej wykonawców i zażądał dokumentu w postaci informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, bez wskazania jaką sytuację finansową lub zdolność kredytową uzna za spełniającą warunek udziału w przetargu. Konsekwencją takich zapisów w treści specyfikacji jest uznanie za wystarczające wykazanie się przez wykonawcę „jakośkolwiek zdolnością kredytową” i posiadaniem „jakichkolwiek środków finansowych na rachunku bankowym” oraz brakiem debetu (vide rozstrzygnięcie protestu). Zamawiający naruszył tym samym dyspozycję art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp, albowiem w oparciu o żądany dokument nie jest w stanie ocenić, czy wykonawca spełnia postawiony warunek. Według tak postawionego warunku, każdy wykonawca zdaniem Zamawiającego pretenduje do wykonania zamówienia o wartości ustalonej na kwotę szacunkową 250.514,00 zł.

Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej na rozprawie, według której w przypadku wybrania wykonawcy, który finalnie okazałby się niezdolny do wykonania dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający nie poniósłby żadnej szkody. Zamawiający przede wszystkim zobowiązany jest do realizacji zadań i celów mu postawionych, zaś będąc jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych, zobowiązany jest do dokonywania wydatków publicznych:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Wobec powyższego nie jest prawdą, że Zamawiający może dopuścić do takiej sytuacji, gdzie dokona wyboru dostawcy, który nie będzie zdolny do prawidłowego wykonania dostawy preparatów do żywienia pozajelitowego, ponieważ to zakłóci prawidłowe funkcjonowanie szpitala, wykonywanie bieżących zadań i leczenie pacjentów, narażając Zamawiającego na uprawniony zarzut wydatkowania środków publicznych w sposób niegospodarny.

W ocenie Izby, Zamawiający stawiając warunek zdolności ekonomicznej i finansowej z art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp., powinien żądać - stosownie do dyspozycji art. 26 ust. 1 Pzp - dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku. Zamawiający nie może stawiać kryteriów, których nie można zweryfikować dokumentami. Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zażądał dokumentu, który nie mógł w żaden sposób potwierdzić spełnienia warunku. Powyższe implikuje konieczność zmiany treści specyfikacji, która następnie musiałaby prowadzić do niedopuszczalnej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia.

Mając na uwadze powyższe, stosownie do treści art. 38 ust. 5 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp postępowanie podlega unieważnieniu jako dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Izba wskazuje również na nieprawidłowe postępowanie Zamawiającego polegające na wskazaniu innych dat składania i oceny ofert w treści ogłoszenia dotyczącego przetargu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i zamieszczonego na własnych stronach internetowych. Stosownie do dyspozycji art. 40 ust. 6 pkt. 2 Pzp ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczone lub publikowane na stronie internetowej zamawiającego nie może zawierać informacji innych, niż zamieszczone w BIP i przekazanych Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W razie stwierdzenia rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia przekazanego a opublikowanego przez UOPWE, Zamawiający powinien skorzystać z instytucji sprostowania treści ogłoszenia w trybie art. 12 ust. 4 Pzp., tak aby podana została jedna i ta sama data składania i otwarcia ofert dla wszystkich potencjalnych oferentów. Nie uczyniwszy sprostowania naraża się na zarzut naruszenia przepisów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które może mieć wpływ na wynik postępowania i uniemożliwić ważne zawarcie umowy. Zamawiający rozstrzygając protest powinien zatem uwzględnić zarzut Baxter Terpol Sp. z o.o. w zakresie naruszenia dyspozycji art. 40 ust. 6 pkt. 2 Pzp., albowiem na etapie wnoszenia protestu i z uwagi na kwestionowane terminy (22 i 25.02.2008r.) zarzut ten był zasadny. W obecnym stanie faktycznym termin ten musi ulec zmianie, a Zamawiający nie ustalił nowego terminu składania i oceny ofert.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego o charakterze merytorycznym, a dotyczący przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez preferowanie mieszanin tłuszczów LCT+MCT, co znalazło odzwierciedlenie w określonej punktacji. Przede wszystkim zważyć należy, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia postąpił zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 29 Pzp. W szczególności, Izba nie dopatrzyła się uchybień w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, itp. Nie opisano przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający, dając preferencję określonemu składowi w mieszaninie tłuszczów, wyjaśnił w sposób logiczny, że korzystał z własnych, wieloletnich doświadczeń klinicznych w stosowaniu tego rodzaju mieszaniny w leczeniu i terapii pacjentów tzw. krytycznych (przypadków ciężkich) i osiągał bardzo dobre wyniki.

Uznał zatem, że taka mieszanina jest optymalna. Powyższe doświadczenia kliniczne nie zostały podważone przez Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że w zamówieniach publicznych podmiotem upoważnionym do określenia przedmiotu danego zamówienia jest wyłącznie zamawiający. To zamawiający decyduje, jaki przedmiot zamówienia spełni jego oczekiwania i zobowiązany jest przy tym do należytej staranności w działaniu. Należyta starannością wykaże się, jeżeli będzie potrafił uzasadnić przedmiot zamówienia w sposób logiczny, spójny, w oparciu np. o wyniki badań i własne doświadczenia. Wydatkując środki publiczne na ten cel otrzymuje bowiem swoiste wotum zaufania, że jego wybór będzie słuszny i celowy. Nie została udowodniona okoliczność podnoszona przez Odwołującego, jakoby był wyłącznie jeden producent mieszaniny LCT+MCT. Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego i Zamawiający wskazali z nazwy co najmniej dwóch producentów na rynku europejskim. Ponadto, poza producentami są dystrybutorzy tychże produktów. Istnieje zatem wielość dostawców, co gwarantuje konkurencję w przedmiotowym zamówieniu.

Mając powyższe na uwadze, nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 7 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 3 Pzp w zakresie wadliwego zapisu dotyczącego zwrotu wadium, zważyć należy, że zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, zgodnie z żądaniem Odwołującego. Wobec powyższego Odwołujący nie ma interesu prawnego do podnoszenia powyższego zarzutu w treści odwołania.

W ocenie Izby prawidłowe jest również rozstrzygnięcie Zamawiającego odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zapis specyfikacji należy czytać łącznie z treścią ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Zapisy ustawy mają zawsze pierwszeństwo przed pouczeniami (ich brakiem) w treści ogłoszeń i specyfikacji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp., stosownie do wyniku postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

