

Sygn. akt KIO/UZP 289/08

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 15 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **KENDROMED Sp. o.o., ul. Sołtysowicka 25a, 51-168 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Medyczna, ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław** protestu / protestów* z dnia 10 marca 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej

2. kosztami postępowania obciąża **Akademię Medyczną, ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław** 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 **KENDROMED Sp. o.o., ul. Sołtysowicka 25a, 51-168 Wrocław**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Akademię Medyczną, ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław** na rzecz **KENDROMED Sp. o.o., ul. Sołtysowicka 25a, 51-168 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr. (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **KENDROMED Sp. o.o., ul. Sołtysowicka 25a, 51-168 Wrocław**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, którego przedmiotem jest dostawa mebli medycznych i sprzętu oraz ich montaż i ustawienie w pomieszczeniach Bloku Operacyjnego (w budynku J oraz w budynku K i J1 Centrum Klinicznego Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej 213 (część A – meble i sprzęt na Blok Operacyjny w budynku JCK AM), protest w dniu 10 marca 2008 roku wniósł Kendromed Sp z o.o. (KENDROMED albo Protestujący). Zarzucił on Zamawiającemu, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez ALVO GRUPA GASTROMETAL BARBARA STASZCZUK – OLSZEWSKA (ALVO) dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655).

KENDROMED żądał:

1. nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ALVO;
2. nakazania Zamawiającemu wykluczenia ALVO z postępowania;
3. nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez ALVO;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając powyższe KENDROMED wskazał, że ALVO nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu – wykonania minimum dwóch dostaw mebli medycznych o wartości co najmniej 300.000 PLN oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie.

ALVO dołączyło do oferty wykaz, który wskazywał trzy wykonane zamówienia, jednak referencje nie potwierdzały żądanej przez Zamawiającego wartości wykonanych dostaw. Złożony wskutek wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 (czynność nie oprotestowana przez ALVO) nowy wykaz wskazywał 2 dodatkowe pozycje, jednak dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych dostaw wskazują, że ALVO nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż Lp. 5 wykazu – dostawa dla Wojewódzkiego Szpitala im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu nie była dostawą mebli medycznych, lecz dostawą mebli na stelażu metalowym. Okoliczność ww. KENDROMED wywiódł z treści umowy z dnia 26 listopada 2007 roku oraz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ – dokumentów w postępowaniu, którego dotyczą przedkładane przez ALVO referencje.

Zdaniem Protestującego okoliczność ta nakłada na Zamawiającego obowiązek wykluczenia ALVO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto KENDROMED podniósł, że skoro list referencyjny dotyczący wskazanej dostawy wskazuje, że była to dostawa mebli medycznych to ALVO złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co powinno być przyczyną jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Protestujący wywiódł również, że oferta ALVO zawiera błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy. W pozycji 7 tabeli został wskazany fotel operacyjny profilowany z oparciem, który jest wyrobem medycznym, a wskazana została dla niego stawka VAT 22%, nie zaś przewidziana dla wyrobów medycznych stawka 7%, co powinno skutkować odrzuceniem oferty ALVO stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ustawy nastąpiło zdaniem KENDROMED przez jednakowe potraktowanie wykonawców posiadających wymagane doświadczenie, którzy złożyli prawidłowe oferty, jak i tych, którzy warunków udziału w postępowaniu nie spełniali a ich oferty podlegały odrzuceniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest 19 marca 2008 roku oddalając go jako niezasadny. Zamawiający wskazał, że wykonawca w celu wykazania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia miał przedstawić realizację min. 2 dostaw mebli medycznych (CPV 33.19.20.00-2 – meble medyczne) i nie określił dalszych kryteriów definicji mebli medycznych. W związku z tym przy ocenie dokumentów złożonych w postępowaniu przez Wykonawców Zamawiający wziął pod uwagę ogólne przeznaczenie i zastosowanie mebli w jednostkach służby zdrowia. Zdaniem Zamawiającego bezsporne jest, że meble zamówione przez Wojewódzki Szpital im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu to meble medyczne, gdyż spełniają one ogólne wymogi użytkowe dla mebli medycznych, zgodnie z SIWZ.

Ponadto Zamawiający wskazał, że fotel operacyjny profilowany z oparciem, nie jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2004 roku, Nr 93, poz. 896 ze zm) zatem właściwa dla niego stawka VAT to 22%. Taką samą stawkę wskazał w swojej ofercie KENDROMED.

Wobec powyższego rozstrzygnięcia w dniu 25 marca 2008 roku (data nadania w placówce operatora publicznego) KENDROMED (Odwołujący się) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i żądania protestu. Rozwijając argumentację zawartą w proteście Odwołujący się wskazał, że Zamawiający dokonał niedopuszczalnego doprecyzowania warunków udziału w postępowaniu na etapie badania

ofert, gdyż ew. informacja, że przy ocenie doświadczenia Zamawiający będzie brał pod uwagę przeznaczenie i zastosowanie dostarczonych mebli w jednostkach służby zdrowia powinna zostać wskazana w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Doświadczenie wykazane przez ALVO nabyte przy realizacji dostawy dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu dotyczy dostaw szaf metalowych (CPV – 36121170-7), ławek (CPV – 36151200-6) i stołów (36133312-2) nie zaś wymaganych przez Zamawiającego mebli medycznych określanych kodem CPV 33.19.20.00-2, które wyłącznie powinien brać pod uwagę Zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania (w tym Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ), oryginałów ofert złożonych w postępowaniu, wezwania skierowanego do ALVO przez Zamawiającego w dniu 22 lutego 2008 roku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, dokumentów złożonych przez ALVO w odpowiedzi w dniu 26 lutego 2008 roku, Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w postępowaniu nr 36/07 prowadzonym przez Wojewódzki Szpital im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu (wydruk ze strony internetowej Wojewódzkiego Szpitala im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu), kserokopii formularza ofertowego złożonego przez ALVO w prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2007 postępowaniu (data złożenia oferty – 26.07.2007) oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników na rozprawie.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DZUUE w dniu 17 stycznia 2008 roku pod numerem 2008/S 11-012618. SIWZ była dostępna na stronie internetowej Zamawiającego WWW.am.wroc.pl od dnia publikacji Ogłoszenia o zamówieniu do dnia 15 lutego 2008 roku. Wskutek decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty interes prawny Odwołującego się doznał uszczerbku, gdyż w przypadku wykluczenia ALVO z postępowania lub odrzucenia złożonej przez niego oferty Odwołujący się uzyska zamówienie.

Pkt III.2.1. II Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt V.1 SIWZ zawierał wymóg dołączenia do oferty załącznika Nr 9 – wykazu wykonanych dostaw mebli w tym min. 2 (dwóch) o wartości, co najmniej 300.000 PLN (dla części A) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia (t. j. CPV 33.19.20.00-2 Meble medyczne) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia min. dwóch

dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie. Zapisy te nie były przedmiotem wniosków o wyjaśnienia.

W dniu 15 lutego 2008 ALVO złożyło ofertę, do której załączyło stosowny wykaz. Zamawiający uznał, że złożone dokumenty w sposób nie budzący wątpliwości nie potwierdzają spełnienia przez ALVO warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (okoliczność przyznana przez Zamawiającego).

W wykazie złożonym przez ALVO w dniu 26 lutego 2008 roku w formie faxu Lp. 4 i 5 potwierdziły zdaniem Zamawiającego spełnianie przez ALVO warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Lp. 5 wykazu zawierała dostawę zrealizowaną dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu obejmującą dostawę mebli medycznych (regałów, ławek, szaf i stołów) – postępowanie o numerze 36/07.

Okolicznością sporną jest, czy dostawa ta spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

Zgodnie z pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu nr 36/07 zamieszczonym przez Zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu przedmiotem postępowania była dostawa mebli medycznych w ilości i parametrach granicznych określonych przez Zamawiającego. Natomiast SIWZ stanowiła w Części II pkt 1.1., iż przedmiotem zamówienia jest dostawa mebli na stelażu metalowym w ilości i granicznych parametrach technicznych określonych w Załączniku Nr 1 do SIWZ.

Ogłoszenie przedmiot zamówienia opisywało za pomocą następujących kodów CPV; w odniesieniu do szaf metalowych (CPV – 36.12.11.70-7), ławek (CPV – 36.15.12.00-6) i stołów (36.13.33.12-2).

Natomiast załącznik Nr 1 do SIWZ przewidywał m.in. dostawę regałów metalowych, szaf na środki czystości, regałów szatniowych na worki z garderobą, regałów szatniowych do przewożenia garderoby, ławek 3-osobowych, szaf depozytowych pacjentów, regałów na segregatory, stołów na stelażu metalowym oraz szaf odzieżowych.

Izba stwierdza, że realizacja z należyłą starannością zamówienia o opisanym przedmiocie nie może potwierdzać spełnienia przez ALVO warunku postawionego w badanym postępowaniu.

Zamawiający opisując podmiotowy warunek udziału w badanym postępowaniu w zakresie doświadczenia w sposób jednoznaczny wskazał, że przy jego ocenie będzie brał pod uwagę wyłącznie meble medyczne oznaczone kodem CPV 33.19.20.00-2. Dokumenty postępowania prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu wskazują, że jego przedmiot objęty był innym kodem.

Przepisy prawa nie zawierają definicji mebli medycznych. Jednak w badanym postępowaniu nie można przyznać, że dla przesądzenia, czy dane meble są meblami medycznymi,

decydujące jest ich ogólne przeznaczenie i zastosowanie w jednostkach służby zdrowia. Takie rozumienie stanowiłoby nie tylko wyjście poza dokonany przez Zamawiającego w Ogłoszeniu i SIWZ opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale też naruszałoby Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605).

§ 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia stanowi, że dostawy wskazane w wykazie oraz dokumencie poświadczającym ich należyte wykonanie mają odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Skoro przedmiotem postępowania jest wyposażenie sali operacyjnej obejmujące zgodnie z pkt II. 1 SIWZ dostawę mebli medycznych, stołów medycznych, przyrządów używanych na salach operacyjnych oraz szaf, szafek i regałów metalowych, to nie można przyjąć, że wykonanie dostawy szaf metalowych, ławek i stołów jest dostawą odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, pomimo, że obie dostawy zawierają pewne elementy wspólne.

Zatem wobec powyższych ustaleń referencja przedstawiona przez ALVO zawierająca na określenie przedmiotu dostawy zrealizowanej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu sformułowanie „meble medyczne” nie może dowodzić spełnienia przez ALVO warunku udziału w postępowaniu.

Wobec braku przedstawienia przez Zamawiającego innego dowodu na twierdzenie przeciwne Izba stwierdza, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy znalazł potwierdzenie.

Zamawiający winien wykluczyć ALVO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i uznać złożoną przez niego ofertę za odrzuconą stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy.

Izba stwierdza, że na Zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego zbadania zarzutów podnoszonych w postępowaniu przez wykonawców. Zamawiający nie może bezkrytycznie odnosić się do oświadczeń składanych przez wykonawców, ani też zakładać *a priori*, że spełnianie warunków w innym postępowaniu prowadzonym przez szpital a obejmującym dostawę mebli przesądza, że wykonawca spełnia również warunki postawione przez niego. Zamawiający powinien poddać weryfikacji oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w postępowaniu. Weryfikacja ta może być dokonana w oparciu o informacje powszechnie dostępne, w tym informacje zamieszczone na stronach internetowych (*vide Wyrok ZA z 19.04.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-724/05*).

W badanym postępowaniu Zamawiający zaniechał tych czynności. Stanowi to nie tylko przejaw niedochowania należytej staranności przy prowadzeniu postępowania ale też

doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dopuścił do oceny oferty złożone przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu oraz przez wykonawcę, który tych warunków nie spełnia. Zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała za potwierdzony.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy został wycofany przez pełnomocnika Odwołującego się na rozprawie i nie był rozpatrywany przez Izbę.

W pkt 7 formularza ofertowego - zestawienie ilościowe, ceny i wartości dot. sal operacyjnych pozycja 7: fotel operacyjny profilowany z oparciem - ALVO wyszczególniło stawkę VAT 22%. Okolicznością sporną jest, czy wskazany fotel jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych oraz w konsekwencji, czy została zastosowana prawidłowa stawka VAT.

Regulacja art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535) stanowi, że dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do tej ustawy, stawka podatku wynosi 7 %. W poz. 106 załącznika nr 3 do cyt. wyżej ustawy wymienione zostały wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika - bez względu na symbol PKW i U. Oznacza to, że 7-proc. stawka podatku ma zastosowanie wyłącznie do wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący się wskazał na rozprawie, że oferowane w obrocie fotele operacyjne mogą mieć zarówno charakter wyrobów medycznych, jak i być pozbawione tego przymiotu i tym samym odnoszą się do nich różne stawki VAT (okoliczność bezsporna).

Art. 188 ust. 1 zd. 1 ustawy stanowi, że strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Art. 6 k.c. obciąża ciężarem dowodu faktu osobę, która z niego wywodzi skutki prawne. Odwołujący się przedłożył na rozprawie kserokopie formularza ofertowego złożonego przez ALVO w innym, prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu (data złożenia oferty – 26. 07. 2007 r.), z których wynika (załącznik 1A, sale operacyjne pkt 9), że ALVO zaoferowało fotel operacyjny profilowany z oparciem ze stawką VAT 7%. W ocenie Izby dokument taki stanowi dowód na okoliczność, że ALVO w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia oferuje produkt p.n. fotel operacyjny profilowany z oparciem z odmiennymi stawkami VAT (tj.: 7% i 22%). Dokument ten nie dowodzi jednak faktu, że ALVO zaoferowało w obu postępowaniach ten sam fotel

operacyjny profilowany z oparciem, ani też, że fotel zaoferowany w badanym postępowaniu jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych. Okoliczności tych nie można również wywieść z treści oferty złożonej przez ALVO. W szczególności wskazane przez Odwołującego się oznaczenie fotela 2-043 odnosi się do pozycji 6 formularza ofertowego (taboret zabiegowy mobilny, nierdzewny z miękkim siedziskiem o wysokości 35 mm) nie zaś jak wywodzi Odwołujący się do pozycji 7 (fotel operacyjny profilowany z oparciem).

Skoro fakt, że fotel operacyjny profilowany z oparciem jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych nie został udowodniony, to nie ma podstaw do przyjęcia, że ALVO w odniesieniu do niego winno wskazać stawkę VAT 7%. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy nakazując Zamawiającemu zwrot kosztów zastępstwa prawnego na rzecz Odwołującego się.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*