

Warszawa, dnia 21 września 2012 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a  
02 – 676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Aero-Medika Sp. z o.o.**

ul. Kopernika 36/40

00-924 Warszawa

Tel. (+48) 22 828 40 67

Fax. (+48) 22 826 46 67

e-mail: [biuro@eromedika.pl](mailto:biuro@eromedika.pl)

**Zamawiający:**

**Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Rafała**

Czerwona Góra 10

26-060 Chęciny

Tel. (+48) 41 346 52 40

e-mail: [dzamp@poczta.onet.pl](mailto:dzamp@poczta.onet.pl)

**ODWOŁANIE**

- I. Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm), zwanej dalej „Pzp”, Aero-Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Rafała w Czerwonej Górze – polegających na niezgodnym z przepisami ustawy sformułowaniem ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Utrzymanie w stałej sprawności techniczno-ruchowej koncentratorów tlenu” (znak sprawy Dz-282-2012), zwanego dalej „Postępowaniem”.

Data przekazania ogłoszenia o Postępowaniu do Biuletynu Zamówień Publicznych: 17 września 2012 r., numer ogłoszenia 199271 – 2012.



Oplata zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1) Rozporządzeniem 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) wynosi 7.500 zł.

## II. ZARZUTY

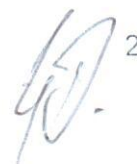
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- (i) art. 7 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp poprzez skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu oraz sporządzenie opisu dokonywania oceny spełniania warunków w sposób niekonkurencyjny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak również wskazujący zbyt rygorystyczne, nieuzasadnione, a miejscami niewykonalne wymagania;
- (ii) art. 7 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu kryteriów oceny w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym poprzez realne ograniczenie w dostępie do zamówienia wszystkim wykonawcom w warunkach uczciwej konkurencji, którzy to wykonawcy zdolni są do należytego wykonania zamówienia;
- (iii) art. 7 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zastosowanie przez Zamawiającego niekonkurencyjnego, nieproporcjonalnego i niezwiązanego z przedmiotem zamówienia kryterium oceny ofert, tj. lokalizacji punktu serwisowego, a w konsekwencji przyznanie 10 punktów tym wykonawcom, których punkty serwisowe zlokalizowane będą na terenie województwa świętokrzyskiego;
- (iv) art. 91 ust. 2 i 3 Pzp poprzez postawienie kryteriów oceny oferty, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia, tj. nie wpływają na jakość czy funkcjonalność usług będących przedmiotem zamówienia, a *de facto* sprowadzają się do posiadanego przez danego wykonawcę potencjału technicznego, czyli dotyczą właściwości wykonawcy;
- (v) art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

## III. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i SIWZ poprzez wskazanie, iż:

1. Zamawiający wymaga zaświadczenia autoryzującego wykonywanie napraw wydane przez jednego z producentów koncentratorów tlenu objętych przedmiotem



2



- |                        |                |
|------------------------|----------------|
| 2. Devilbiss typ MC 44 | ilość sztuk 21 |
| 3. New Life            | ilość sztuk 10 |
| 4. Top Air             | ilość sztuk 1  |

Zgodnie z pkt XVIII ust. 1 lit. B.2 SIWZ Zamawiający wymaga aby wykonawcy przedłożyli „zaświadczenie autoryzujące wykonawcy potwierdzające wykonanie napraw wydane przez producenta lub upoważnionego przedstawiciela przez producenta na koncentratory typu MC – 44 i New Life”. Zamawiający nie wymaga zatem przedłożenia zaświadczeń dotyczących koncentratorów Healthydyne, mimo, iż posiada ich w ilość 42 sztuk, a zatem łącznie koncentratory Healthydyne to 56% wszystkich koncentratorów podlegających obsłudze.

Nadto, kryterium oceny ofert jest cena (80%) oraz lokalizacja punktu serwisowego (20%). Przy czym wykonawcy, który posiada punkt serwisowy na terenie województwa świętokrzyskiego, Zamawiający przyznaje 10 punktów. Zamawiający nie przyznaje natomiast żadnych punktów wykonawcy, który posiada punkt serwisowy poza wskazanym województwem.

## II.

Wyjaśnienia wymaga, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w powyżej wskazanym zakresie już po raz drugi.

W pierwszym postępowaniu o numerze ogłoszenia 190720-2012 przekazany do Biuletynu Zamówień Publicznych w dniu 6 czerwca 2012 r., (oferty złożyli Odwołujący oraz Andrzej Kutnik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "TVEL – MED" Zakład Naprawy Sprzętu Medycznego i Elektronicznego), usługa dotyczyła również czterech rodzajów koncentratorów (Healthydyne, Devilbiss typ MC 44, New Life, Top Air), natomiast żądanie przez Zamawiającego autoryzacji usług (również jak i niniejszym postępowaniu) odnosiło się tylko do dwóch rodzajów koncentratorów.

Na skutek odwołania złożonego przez Odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała jednak, iż Zamawiający w sposób „nielogiczny zaostriął rygory dotyczące autoryzacji w stosunku do brzmienia postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji gdy **taka autoryzacja w swojej istocie miała być tylko fragmentaryczna i tym samym nie miała istotnego znaczenia dla ustalenia jakości oferowanych usług, a przy tym dodatkowo i co istotne, obecnie nie można uzyskać certyfikatu na wykonywanie napraw modelu MC 44**”. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 6 lipca 2012 r. nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Aero – Medika Sp. z o.o. i powtórzenie czynności badania i oceny oferty.

Dowód:



- wyrok KIO z dnia 6 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1343/12

Postępowanie to jednak zostało unieważnione przez Zamawiającego. Unieważnienie nastąpiło bez faktycznego uzasadnienia. Przyczyny wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19 lipca 2012 r. nie są prawdziwe.

**Dowód:**

- zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 19 lipca 2012 r.

Baczyć należy, iż w razie gdyby pierwsze postępowanie zostało przeprowadzone, a Zamawiający dokonał poprawnej oceny ofert, to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą, a tym samym Zamawiający musiałby jemu powierzyć realizację zadania objętego przedmiotowym postępowaniem. Odwołujący zaproponował cenę 87.379,20 zł podczas gdy Andrzej Kutnik zaproponował cenę 305.827,20 zł brutto.

W opinii Odwołującego unieważnienie postępowania przez Zamawiającego miało na celu jedynie nie dopuszczenie do wybrania oferty spółki Aero Medika Sp. z o.o.

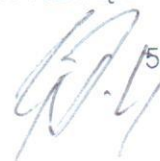
Pomimo wyroku KIO, Zamawiający nadal fragmentarycznie żąda certyfikatów producentów niektórych tylko koncentratorów wiedząc, że Odwołujący nie jest w stanie spełnić tego wymogu, przy jednoczesnym braku tego wymogu dla koncentratorów typu BX – 5000, których Zamawiający *nota bene* ma najwięcej (56%).

Drugie postępowanie przeprowadzone przez Zamawiającego, będące przedmiotem niniejszego odwołania, wprost wyraża preferencje dla konkretnego podmiotu. SIWZ została tak zmodyfikowana przez Zamawiającego w stosunku do poprzednio obowiązujących warunków zamówienia, aby kryteria mogły zostać spełnione tylko przez konkretny podmiot, tj. Andrzeja Kutnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "TVEL – MED" Zakład Naprawy Sprzętu Medycznego i Elektronicznego. Wskazać bowiem należy, iż:

- Andrzej Kutnik dysponuje zaświadczeniem o przeszkoleniu w zakresie napraw i obsługi koncentratorów MC 44;
- Andrzej Kutnik prowadzi punkt serwisowy na terenie województwa świętokrzyskiego.

**III.**

W tym miejscu wskazać należy, że model koncentratora tlenu firmy DeVilbiss MC 44 począwszy od 1998 r. nie jest produkowany, będąc zastąpiony nowym modelem koncentratora tlenu o nazwie Compact 525. Z pewnością znajomość i wyszkolenie w serwisie koncentratorów nowej generacji nie oznacza braku umiejętności napraw starszych modeli koncentratora firmy DeVilbiss. Wręcz przeciwnie znajomość najnowszych rozwiązań



technicznych budowy i funkcjonowania (pracy) koncentratorów tlenu zapewnia bardziej profesjonalne i kompleksowe podejście do rozwiązywania ewentualnych usterek urządzeń starej generacji.

Uciekając się do kolokwialnego porównania, należałoby przyjąć, że autoryzowany serwis napraw samochodowych danej marki, nie może być uznany za autoryzowanego serwisu wcześniejszych modeli tej marki, tylko dlatego, że aktualne nie są one w sprzedaży.

#### IV.

Wskazane powyżej postanowienia i ogłoszenia i SIWZ w rażący sposób naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Z treści art. 29 ust. 2 Pzp wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien kierować się celem, jakiemu zamawiane usługi mają służyć.

Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007 r. (sygn. UZP/ZO/O-1040/07 oraz UZP/ZO/ -1045/07) stwierdził, iż „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej – zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu”

Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1734/09) Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła, iż „szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 Pzp, **nie tylko poprzez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty**”

W wyroku zaś z dnia 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 732/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „określenie przez Zamawiającego w postępowaniu bez uzasadnienia miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych”.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie

Za Odwołującego

PREZES ZARZĄDU

S. Beehringer

Acro-Medica Sp. z o.o.  
ul. Kopernika 8/10, 01-224 Warszawa  
tel. 22 626 40 87, fax 22 626 46 67  
NIP 525-22-39-602

Niniejsze odwołanie wraz z załącznikami przesyłamy jednocześnie Zamawiającemu faksem na numer (+48) 41 346 55 67. Uprzejmie proszę o potwierdzenie otrzymania całości odwołania wraz z załącznikami.

**Załączniki:**

1. odpis z KRS Odwołującego;
2. wyrok KIO z dnia 6 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1343/12;
3. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 19 lipca 2012 r.;
4. dowód nadania kopii odwołania do Zamawiającego (potwierdzenie nadania faksem oraz pocztą listem poleconym).
5. Dowód wniesienia opłaty



7