

**Sygn. akt KIO/UZP 986/09**

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Medlab Products Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa we Wrocławiu, ul. Czerwonego Krzyża 5/9, 50-345 Wrocław** protestu z dnia 3 lipca 2009 r.

przy udziale „**EQUIMED**” **Hołda, Lenk, Trembecki Sp. j., ul. Prądnicka 46, 31-302 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Medlab Products Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Medlab Products Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Medlab Products Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie dostawy probówek do poboru krwi w systemie zamkniętym, probówek plastikowych jednorazowych oraz innych akcesoriów.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058) zwaną dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 28.04.2009 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/S 81- 116806.

W dniu 3 lipca 2009 (pismo datowane na 2 lipca 2009 roku) Odwołujący – Metlab Product Sp.z o.o. złożył protest na czynność zamawiającego, o której powziął informację dnia 26 czerwca 2009 roku, polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Equimed Sp.j.

Odwołujący, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wskazał na: zaniechanie wykluczenia z postępowania Equimed Sp.j. oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w zadaniu nr III.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że wykonawca Equimed Sp.j. nie załączył do oferty wymaganej postanowieniami rozdziału III pkt 14 siwz deklaracji zgodności CE z normami UE potwierdzającej oznakowanie oferowanego wyrobu medycznego znakiem CE wraz z certyfikatem jednostki notyfikowanej, która brała udział w ocenie zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi, o których mowa a art. 26 ust, 1 ustawy z dnia 20.04.2004r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 04 Nr 93, poz. 896). W ofercie brak również stosownego oświadczenia, którego wymóg załączenia został określony w siwz w sytuacji braku certyfikatu, gdy udział jednostki notyfikowanej nie dotyczył danego wyrobu.

W ocenie odwołującego oświadczenie złożone przez wykonawcę Equimed sp.j. w dniu 22 czerwca 2009 roku, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie spełnia zarówno wymogów określonych przez zamawiającego jak i przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem zostało złożone po terminie składania ofert i nie potwierdza, że wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ rozdział III pkt 14 były spełnione najpóźniej na dzień składania ofert. W ocenie odwołującego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że uznane mogą być jedynie takie dokumenty, które albo zostały wystawione najpóźniej na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo na termin składania ofert albo zostały wystawione po tym terminie, ale z ich treści jednoznacznie wynika, że potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków określonych przez zamawiającego na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo na termin składania ofert.

Dokument z dnia 19.06.2009r. złożony przez wykonawcę Equimed Sp.j. został wystawiony po terminie składania ofert a z jego treści nie wynika, że złożone w nim oświadczenie złożone jest na dzień przystępowania przez tą firmę do postępowania przetargowego. Ponadto z treści oświadczenia nie wynika, że dotyczy ono danego postępowania przetargowego o określonym numerze ani, że dotyczy ono wyrobów które zostały zaofertowane przez tą firmę w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 6 lipca 2009 roku zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego Equimed Sp. j., wnosząc o oddalenie protestu i pozostawienie jego oferty jako ważnej.

Zamawiający w dniu 7 lipca 2009 roku (pismo przekazane odwołującemu w dniu 8 lipca) protest oddalił, wskazując, że złożone przez Equimed Sp.j. w dniu 19 czerwca 2009 roku oświadczenie potwierdza spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz na dzień otwarcia ofert. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza, aby dokument uzupełniony został wydany po dacie składania ofert, jeżeli potwierdza on spełnienie warunków do terminu składania ofert.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący w dniu 15 lipca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię zamawiającemu i wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty firmy Equimed Sp.j. w zadaniu nr III jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie czynności wykluczenia firmy Equimed Sp.j. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w zadaniu nr III,
3. powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty w zadaniu nr III,
4. wyboru oferty odwołującego w zadaniu nr III jako oferty najkorzystniejszej,
5. obciążenie kosztami postępowania zamawiającego

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania zgłosił w dniu 10 sierpnia 2009 roku (pismo z dnia 8 sierpnia 2009 roku) swoje przystąpienie po stronie zamawiającego - Equimed Sp.j., wnosząc o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, oferty wykonawcy Equimed sp.j. oraz jej uzupełnienia a także po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia został podzielony na 5 zadań a protest i odwołanie dotyczy zadania nr 3. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 8 czerwca 2009 roku.

W rozdziale III pkt 14 siwz, zamawiający określił dokumenty i oświadczenia, jakie wykonawcy winni załączyć do oferty w celu potwierdzenia, że dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający żądał złożenia deklaracji zgodności CE z normami UE, potwierdzającej oznakowanie oferowanego wyrobu medycznego znakiem CE wraz z certyfikatem jednostki notyfikowanej, która brała udział w ocenie zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi, o których mowa w art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 20.04.2004r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 04 Nr 93, poz. 896). W przypadku, gdy udział jednostki notyfikowanej nie dotyczył danego wyrobu wykonawcy winni załączyć zamiast certyfikatu, stosowne oświadczenie.

Wykonawca Equimed Sp.j. nie załączył do oferty ani wymaganego certyfikatu jednostki notyfikowanej ani stosownego oświadczenia, z którego wynikałoby, że udział jednostki notyfikowanej nie dotyczył wyrobów zaproponowanych w ofercie. Wobec powyższego zamawiający, w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę w dniu 18 czerwca 2009 roku do złożenia w zakreślonym terminie do 22 czerwca 2009 roku do godz. 12.00 cyt. „dokumentu na potwierdzenie, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, a mianowicie – oświadczenia, że oferowane w Państwa ofercie wyroby medyczne producenta FL Medical s.r.l oraz producenta Hydrex nie podlegają ocenie jednostki notyfikowanej”.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Equimed Sp.j. złożył oświadczenie z dnia 19 czerwca 2009 roku skierowane do zamawiającego i dotyczące postępowania nr 18/P/1 - 5/2009 - zadanie nr 3, w którym wskazał, że cyt. „zaoferowane w naszej ofercie wyroby medyczne producentów: FL Medical oraz Hydrex są wyrobami medycznymi do diagnostyki in vitro, należą do kl. I - wyroby nie jałowe i zgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych (Dz. U. nr 93 z 2004 r., poz. 896) nie podlegają ocenie jednostki notyfikowanej”.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

#### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołujący, jako podmiot, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i którego oferta, w przypadku uwzględnienia podniesionych przez niego zarzutów, byłaby ofertą uznaną za najkorzystniejszą, legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty, uzupełnione na wezwanie zamawiającego winny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 4 września 2008 roku (Dz. U. z dnia 23 września 2008 r., nr 171, poz. 1058) dopuściła w praktyce, aby uzupełniane na wezwanie zamawiającego dokumenty były wystawione z datą późniejszą niż termin składania wniosków lub składania ofert, o ile z treści tych dokumentów wynika spełnienie warunków na dzień składania wniosków lub składania ofert.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że przepis art. 65 kodeksu cywilnego nie znajduje zastosowania do wykładni złożonego oświadczenia woli przez Equimed Sp.j. Przepis art. 14 ustawy Pzp odsyła wprost do przepisów kodeksu cywilnego w zakresie czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W szczególności do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców znajdują zastosowanie, nie ujęte w przepisach ustawy Pzp, przepisy zawarte w tytule IV księgi pierwszej kodeksu cywilnego dotyczące czynności prawnych, w tym m.in. wykładni i formy czynności prawnych, wad oświadczenia woli. Oświadczenie złożone przez Equimed Sp.j. należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone i kontekst w jakim złożono oświadczenie, co wynika z treści art. 65 kodeksu cywilnego.

Odnosząc się do uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia Equimed Sp.j. z dnia 19 czerwca 2009 roku, Izba zważyła, że co prawda dokument ten został wystawiony po upływie terminu składania ofert, to jednak z jego treści w sposób bezsprzeczny i jednoznaczny wynika potwierdzenie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Treść złożonego oświadczenia odnosi się wprost do zaoferowanych przez Equimed Sp.j. wyrobów producentów FL Medical oraz Hydrex i potwierdza, że nie podlegają one ocenie jednostki notyfikowanej. Oświadczenie wskazuje, że wyroby medyczne podane w ofercie z uwagi na to, że należą do kl. I – wyroby jałowe, to zgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych w ogóle nie podlegają ocenie jednostki notyfikowanej.

Skoro, wyroby zaoferowane przez Equimed Sp.j. w ogóle nie podlegają ocenie notyfikowanej jednostki, co wynika z treści złożonego oświadczenia, a przepisy prawa w tym zakresie w okresie między otwarciem ofert a wystawieniem oświadczenia nie uległy zmianie, to uzasadnione jest twierdzenie, że oświadczenie o treści złożonej w dniu 19 czerwca 2009 roku pozostawało aktualne również na dzień składania ofert i potwierdza spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego również na dzień składania ofert.

Ponadto oświadczenie wprost wskazuje na sygnaturę, zadanie, którego dotyczy, wskazuje zamawiającego jako adresata złożonego oświadczenia i odnosi się wprost do wyrobów

producentów FL Medical oraz Hydrex, które zostały zaoferowane przez Equimed sp.j. w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne. Zatem nie ma wątpliwości, że złożone oświadczenie dotyczy tego konkretnego postępowania i wyłącznie wyrobów zaoferowanych w konkretnej oznaczonej ofercie, skierowanej do wskazanego w nagłówku zamawiającego w tym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....