

Sygn. akt: KIO 1285/12

POSTANOWIENIE

z dnia 25 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej : **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **25 czerwca 2012 r.** bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego w dniu **19 czerwca 2012 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Croma-Pharma Polska Sp. z o. o., ul. Ryżowa 31, 02-495 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 5 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Ceglana 35, 40-952 Katowice**,

przy udziale wykonawcy: **Polymed Polska Sp. z o. o. ul. Pomorska 31A, 03-101 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Croma-Pharma Polska Sp. z o.o., ul. Ryżowa 31, 02-495 Warszawa**, oraz:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Croma-Pharma Polska Sp. z o.o., ul. Ryżowa 31, 02-495 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę soczewek wewnątrzgałkowych” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 21 kwietnia 2012 r. pod pozycją 2012/S 78-128431, w dniu 19 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawcę: Croma-Pharma Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 13 czerwca 2012 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia w dniu 4 czerwca 2012r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Polymed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - jak podał odwołujący - „w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych” - co oznacza, iż nastąpiło to za pośrednictwem faksu lub drogą elektroniczną.

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 5 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj.: art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: Polymed Polska Sp. z siedzibą w Warszawie w zakresie części nr 5 zamówienia.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy: Polymed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na część nr 5,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na część nr 5.
- 3) oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że oferta wybranego wykonawcy: Polymed Polska Sp. z siedzibą w Warszawie, winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania w części 5 soczewek asferycznych i soczewek hydrofilnych bez powłoki hydrofobowej na części optycznej. Wykonawca Polymed Polska złożył ofertę, której przedmiotem były dwa rodzaje soczewek akryzelowa hydrofilna soczewka wewnątrzgałkowa z powierzchnią hydrofobową, sferyczna o angulacji 0° POLYLENS A64 z zakresem mocy od -10,0D do 0.0D co 1,0D oraz soczewka asferyczna o angulacji 5^D POLYLENS AS64 z zakresem mocy od 0,00 do +10,00 co 1,0D, od +10,00 do +30,0 D co 0,50. W ocenie odwołującego, oferta wykonawcy Polymed Polska Sp. z o.o. jest niezgodna z SIWZ, co spełnia przesłanki przypisania zamawiającemu naruszenia art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie podkreślano, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Na marginesie odwołujący zaznaczył, że postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie brak jest podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu byli związani opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 czerwca 2012 r., pismem złożonym w dniu 15 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do postępowania odwoławczego przystąpił wybrany wykonawca: Polymed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, po stronie zamawiającego, powołując się na interes, aby czynności zamawiającego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej na część 5 zamówienia zostały zachowane. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę: Polymed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Skład orzekający Izby rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania ustalił, co następuje.

Zamawiający w dniu 4 czerwca 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy: Polymed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na część 5 zamówienia, przy czym nastąpiło to w sposób wskazany w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (okoliczność przyznana).

Zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego, kwalifikowanego certyfikatu. Przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi natomiast, że odwołanie przy danej wartości zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego – jeżeli została przesłana sposobem określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. faksem lub elektronicznie. Oznacza to, że przed upływem ww. ustawowego terminu, odwołanie winno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Przedmiotowe odwołanie zostało zaopatrzone prezentatą jego wpływu do Izby - w dniu 19 czerwca 2012 r.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, Izba uznała w oparciu o dostępną dokumentację i bezsporne okoliczności daty doręczenia zawiadomienia o wyborze oferty, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu. Odwołanie dotyczy zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy: Polymed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a w następstwie tego - zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia powiadomienia o wyniku przetargu. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem w dniu 14 czerwca 2012 r.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z wymienionego

środka ochrony prawnej. Bezskuteczny upływ w dniu 14 marca 2011 r. ustawowo określonego terminu - spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej. Z tych względów, Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zaistnienia którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: