

Sygn. akt: KIO 2120/14

WYROK

z dnia 28 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 r. przez wykonawcę **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Staszowie**

przy udziale wykonawcy **Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego „Zarys” sp. z o.o. w Zabrze**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Staszowie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Staszowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa materiałów opatrunkowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2014 r. Nr 2014/S 152-272831.

W dniu 2 października 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego „Zarys” sp. z o.o. w Zabrze, zwanego dalej „przystępującym”, w zakresie części 2 zamówienia.

W dniu 13 października 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do złożenia próbki kompresów włókninowych, o których mowa w poz. 10 i 11 załącznika nr 2 do SIWZ,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części 2 zamówienia,
- 3) czynności badania i oceny ofert w zakresie części 2 zamówienia,
- 4) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, tj. próbek wyrobów oferowanych w zakresie części 2 pozycja 10 i 11,
- 2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części 2 zamówienia,
- 3) przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wybranie oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia,
- 2) wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, tj. próbek wyrobów oferowanych w zakresie części 2 zamówienia pozycja 10 i 11,
- 3) odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części 2 zamówienia,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), przedmiotem zamówienia w części 2 zamówienia w pozycji 10 i 11 są kompresy włókninowe jałowe w opakowaniu typu miękki blister. W celu wykazania, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy zobowiązani byli złożyć próbki oferowanych wyrobów do każdej pozycji asortymentowej. Zdaniem odwołującego do pozycji 10 i 11 w części 2 zamówienia przystępujący złożył próbki kompresów włókninowych w rękawie papierowo-foliowym, zamiast w opakowaniu typu miękki blister. Z uwagi na opakowanie odmienne od wymaganego, próbki te są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Według odwołującego zamawiający zaniechał zarówno wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, tj. próbek wyrobów oferowanych w zakresie części 2 zamówienia pozycja 10 i 11, jak również zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy w powołanej części zamówienia. Ponadto, skoro oferta przystępującego nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu, to oferta ta nie powinna być uznana za najkorzystniejszą. Zignorowanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ oraz wybranie tej oferty pozostają również w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego „Zarys” sp. z o.o. w Zabrze. W trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego z 24 września

2014 r. skierowane do przystępującego o uzupełnienie próbek w zakresie części 2 zamówienia pozycja 10 i 11, pismo przystępującego z 25 września 2014 r., do którego załączono brakujące próbki, zawiadomienie zamawiającego z 2 października 2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, oględziny próbek złożonych przez przystępującego jak i odwołującego przeprowadzone na rozprawie przed Izbą, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w zakresie części 2 zamówienia została sklasyfikowana na pozycji 2, za ofertą wybraną. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ, przedmiotem zamówienia w części 2 w pozycji 10 i 11 są kompresy włókninowe jałowe w opakowaniu typu miękkiego blister. W myśl postanowienia pkt IX.4. lit. d) SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oferty należało załączyć próbki wyrobów do każdej pozycji asortymentowej w ilości 1 szt., gotowe do użycia w warunkach szpitalnych (celem weryfikacji zgodności z wymaganiami) i opisanych ze wskazaniem pakietu przetargowego i numerem pozycji.

Ustalono także, że przystępujący złożył ofertę na część 2 zamówienia, jednakże nie załączył do swej oferty próbek kompresów włókninowych jałowych, o których mowa w pozycji 10 i 11 załącznika nr do SIWZ. W tej sytuacji, pismem z dnia 24 września 2014 r.

zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego do uzupełnienia brakujących próbek zaoferowanego w ofercie asortymentu – dot. poz. 10 i 11, zadanie nr 2. W odpowiedzi na ww. wezwanie 25 września 2014 r. do zamawiającego wpłynęło pismo przystępującego, do którego załączono próbki oferowanych kompresów włókninowych (pozycja 10 i 11, zadanie nr 2).

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 2 października 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 2. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, tj. próbek wyrobów oferowanych w zakresie części 2 zamówienia, pozycja 10 i 11. Rzeczywiście przystępujący nie złożył wraz z ofertą próbek wyrobów oferowanych w zakresie części 2 pozycja 10 i 11, tj. kompresów włókninowych o rozmiarach 5 x 5 cm i 10 x 10 cm. Próbki, na gruncie ustawy Pzp, kwalifikowane są jako dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego - tzw. dokumenty przedmiotowe (art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz. U. z 2013 r. poz. 231). W tej sytuacji po stronie zamawiającego zaktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących próbek w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, że *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający zrealizował obowiązek wezwania wynikający z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał bowiem przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących próbek. Jak

wynikało z dokumentacji złożonej przez zamawiającego wezwanie takie miało miejsce w dniu 24 września 2014 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył brakujące próbki w dniu 25 września 2014 r. Powyższe zostało udokumentowane przez zamawiającego poprzez prezentatę na piśmie przewodnim. Świadczą o tym również próbki złożone przez wykonawcę w postępowaniu. Zarzut należało zatem ocenić jako całkowicie chybiony.

Chybionym okazał się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części 2 zamówienia. Zamawiający oczekiwał w części 2 zamówienia, w pozycji 10 i 11, dostawy kompresów włókninowych jałowych w opakowaniu „typu miękki blister”. Zdaniem Izby nie można wykluczyć takiej wykładni spornego postanowienia, jaką przeprowadził w odpowiedzi na odwołanie zamawiający i na rozprawie przystępujący. Literalna analiza opisanego przez zamawiającego opakowania prowadziła do wniosku, że zamawiający nie określił wprost i jednoznacznie wymaganego przez siebie opakowania. Świadczy o tym użyte przez niego sformułowanie „typu”. Zamawiający nie wymagał bowiem bezwzględnie opakowania „miękki blister”, lecz jedynie opakowania „typu miękki blister”. Zdaniem Izby, sformułowanie „typu” dopuszczało także zaoferowanie wyrobu posiadającego opakowanie zbliżone rodzajem do opakowania miękki blister. Wzięto w tym zakresie pod uwagę jednolicie prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, że niejednoznacznych wymagań SIWZ nie tłumaczy się na niekorzyść wykonawcy.

Istotne w sprawie było również to, że odwołujący nie wskazał żadnej normy, z której treści wynikałaby jednoznaczna definicja pojęcia „miękki blister”, czy choćby „blister”. W szczególności nie przedstawiono Izbie normy, z której treści można byłoby wywnioskować, że opakowanie „miękki blister” musi posiadać bezwzględnie pęcherz czy kieszonkę wykonaną z folii czy laminatu metodą termoformowania. Na taką cechę opakowania blister zwrócono uwagę w piśmie firmy Plastica sp. z o.o. z 24.10.2014 r., złożonym przez odwołującego na posiedzeniu. Wzięto pod uwagę, że funkcjonują również inne definicje pojęcia „blister”. Przykładowo zamawiający przywołał w odpowiedzi na odwołanie definicję spornego słowa pochodzącą z internetowej encyklopedii Wikipedia. Zgodnie z tą definicją blister jest to *„rodzaj opakowania, składającego się ze sztywnego spodu i sztywnego przezroczystego tworzywa sztucznego. Tworzywo sztuczne jest tak wyprofilowane, by możliwe było zobaczenie tak zapakowanego produktu, który jest umieszczony pomiędzy warstwami”*.

W ocenie Izby nie można jednoznacznie stwierdzić, aby próbki złożone przez przystępującego nie odpowiadały treści tej definicji, z uwzględnieniem dodanego przez zamawiającego przymiotnika „miękki”. Przeprowadzone przez Izbę na rozprawie oględziny próbek pozwoliły na stwierdzenie, że posiadały one papierowy spód i górną warstwę

wykonaną z tworzywa sztucznego. Warstwa ta była przezroczysta, co umożliwiało zobaczenie zapakowanej tkaniny. Natomiast co do kwestii wyprofilowania, to próbki rzeczywiście były płaskie, jednakże wynikało to z faktu, że opakowany w ten sposób wyrób (kompresy) był cienki. Spód i wierzch nie były sztywne, ale w świetle SIWZ było to dopuszczalne, albowiem zamawiający doprecyzował wymagany rodzaj opakowania przez przymiotnik „miękki”.

Również oględziny próbek przedstawionych w postępowaniu przez odwołującego i ich porównanie z próbkami złożonymi przez przystępującego nie pozwalały na stwierdzenie zasadniczych różnic pomiędzy nimi. Również te próbki miały charakter papierowo-foliowy. Spód próbek wykonano z papieru, zaś wierzch z tworzywa sztucznego, co pozwalało na zobaczenie produktu umieszczonego pomiędzy tymi warstwami. Ponadto, zarówno spód papierowy jak i wierzch z tworzywa nie były sztywne.

Odnośnie złożonych przez odwołującego dowodów z dokumentów, Izba stwierdziła, że odpowiedzi na pytania jakie przedstawił odwołujący, dotyczyły innego postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego, tj. Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach. W swojej definicji podmiot ten eksponował element opakowania miękkiej blister, jakim miało być „zagłębienie na zawartość”. Jednakże takiego doprecyzowania nie przeprowadził w swoim opisie zamawiający.

Jeśli chodzi o pismo z firmy Plastica sp. z o.o., to akcentowano w nim kieszonkę z folii jako element opakowania miękkiej blister. Jednakże ten dokument prywatny stanowił jedynie dowód, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Wobec odmiennych definicji przedstawianych przez obie strony, przy braku norm, które zawierałyby oficjalną definicję pojęcia miękkiej blister, nie stanowiło ono wiarygodnego dowodu na okoliczność, że na rynku istnieje jedyna, jednolicie przyjmowana definicja. Oceniając wiarygodność tego oświadczenia wzięto także pod uwagę fakt, że pismo to powstało na potrzeby postępowania odwoławczego, na zlecenie odwołującego.

Za nieadekwatny do analizowanego stanu faktycznego uznano wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. wydany w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-689/07. W stanie faktycznym, który stanowił podstawę wydania powołanego orzeczenia, od wykonawców wymagano zaoferowania wyrobu opakowanego w torebki foliowo–papierowe, zaś jeden z wykonawców zamierzał sprzedać wyroby opakowane w rękaw foliowo-papierowy. Ponadto strony powołały się na definicje obu rodzajów opakowań mające wynikać z normy PN-EN 865-5.

W analizowanym stanie faktycznym, definicja opakowania „miękkiej blister” nie wynikała z żadnej normy, ponadto zamawiający posłużył się sformułowaniem „typu”, co pozwalało wykonawcom także na zaoferowanie wyrobów w opakowaniu jedynie rodzajowo zbliżonym do opakowania miękkiej blister.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że zaoferowany przez przystępującego produkt odpowiadał treści SIWZ. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało zatem ocenić jako niezasadny.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez niezasadny wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej również uznano za chybiony. Jak stwierdzono powyżej, oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu i prawidłowo została wybrana jako najkorzystniejsza, w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: