

Sygn. akt: KIO 2494/14

## WYROK

z dnia 10 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2014 r. przez wykonawcę: **„POLMIL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Bydgoszczy (85-758), ul. Przemysłowa 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie (02-097), ul. Banacha 1a**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **„POLMIL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Bydgoszczy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„POLMIL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa drobnego sprzętu medycznego oraz dzierżawa generatora do cięcia i koagulacji – 12 pakietów” zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 192-338519) w dniu 7 października 2014 r.

W dniu 27 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: „POLMIL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Bydgoszczy, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego w zakresie pakietu (części) nr 8 odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej oraz oferty złożonej przez wykonawcę: Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. w Zabrze. W ocenie Odwołującego treść powołanych ofert nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a zaniechanie ich odrzucenia stanowiło naruszenie art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Odwołujący twierdził, iż zaoferowane przez powołanych wykonawców cewniki nie spełniają minimalnych wymagań Zamawiającego opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – posiadają one bowiem dwa boczne otwory końcowe naprzemianległe, podczas gdy w SIWZ wymagane były otwory naprzeciwległe. Odwołujący stał na stanowisku, że w tym stanie faktycznym brak podstaw do zastosowania procedur opisanych w art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Podkreślał przy tym, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie były zadawane pytania odnoszące się do pakietu nr 8 – w jego ocenie pytania nr 2, 3 i 4 z pisma z dnia 20 października 2014 r. odnosiły się do pakietu nr 4 i tak też winny być traktowane.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu w ramach pakietu nr 8: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej oraz Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. w Zabrze oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby i potwierdzone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt I.3 SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych – w pkt IV.1.1 SIWZ wskazał, że podzielił zamówienie na 12 pakietów, a szczegółowy opis asortymentowo-ilościowy przedmiotu zamówienia zawarł w załączniku nr 2 do SIWZ. Treść powołanego załącznika nr 2 do SIWZ zamknięta została w formie tabel, z których każda została opisana jako formularz cenowy dla określonego odpowiednim numerem pakietu (od 1 do 12). Tak też został skonstruowany opis przedmiotu zamówienia odnoszący do pakietu 8 – w kolumnie drugiej tej tabeli, opisanej hasłem „*Opis przedmiotu zamówienia*” zawarto następującą treść: „*cewnik do odsysania górnych dróg oddechowych, jednorazowy, sterylny, od nr 8 do nr 18, z jednym otworem centralnym i dwoma bocznymi naprzeciwległymi, końcówka ścięta pod kątem prostym, atraumatyczny dla pacjenta, bezlateksowy*”.

W odniesieniu do pakietu nr 4 w opisie przedmiotu zamówienia wskazano, że obejmuje on „*wkłady workowe o pojemności 1000 ml i 2000 ml kompatybilne z systemem SERRES*”.

Pismem z dnia 20 października 2014 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców odnoszące się do treści SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 2: „*Pakiet 4,*

*pozycja 1 Czy Zamawiający dopuści cewnik do odsysania g.d.o. posiadający otwór centralny oraz dwa otwory boczne naprzemianległe, spełniający pozostałe wymagania SIWZ*, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający dopuszcza również zaproponowany cewnik”.

Przed upływem terminu składania ofert trzech wykonawców (Odwołujący, Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej oraz Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. w Zabrze), złożyło Zamawiającemu swoje oferty na pakiet nr 8.

Jak zgodnie to oświadczyły Strony w toku rozprawy przed Izłą, nie było między nimi sporne to, że tak Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej, jak i Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. w Zabrze, zaoferowały Zamawiającemu dostawę cewników, które posiadają dwa boczne otwory końcowe naprzemianległe. Nie było też między nimi sporne to, że czym innym jest cewnik posiadający dwa boczne otwory końcowe naprzemianległe, a czym innym jest cewnik posiadający dwa boczne otwory końcowe naprzeciwległe.

Pismem z dnia 17 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu za najkorzystniejszą najtańszej oferty złożonej przez wykonawcę: Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej. Żadna z trzech ofert złożonych na pakiet nr 8 nie została odrzucona.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z oświadczeniem Stron złożonym w toku rozprawy przed Izłą, spór pomiędzy nimi ograniczał się do tego, czy odpowiedź na pytanie 2 zawarta w piśmie z dnia 20 października 2014 r. odnosiła się do pakietu nr 4 czy też pakietu nr 8. Tak dla Stron, jak i dla Izby, oczywistym było, że przypisanie odpowiedzi do jednego z dwóch powołanych pakietów (nr 4 lub nr 8) było okolicznością rozstrzygającą o tym, czy treść kwestionowanych przez Odwołującego ofert odpowiada treści SIWZ. W przypadku, gdyby uznać, że powołana odpowiedź odnosi się do pakietu nr 4 (takie stanowisko reprezentował Odwołujący),

koniecznym było przesądzenie, że pierwotna treść SIWZ zawierająca opis przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr 8 pozostała niezmienną do upływu terminu składania ofert, a tym samym dwaj powołani wykonawcy zaoferovali cewniki nieodpowiadające wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ. Przyjęcie za prawidłowe odmiennego założenia (tak jak chciał tego Zamawiający) oznaczałoby, że odpowiedź na pytanie 2 (jak i 3 oraz 4) z pisma z dnia 20 października 2014 r. odnosi się do pakietu nr 8 – w takim przypadku, oczywistym byłoby, że cewniki oferowane tak przez Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej, jak i przez Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. w Zabrze, odpowiadały wymaganiom Zamawiającego zmienionym tymże pismem. Oczywistym bowiem, w ocenie Izby, było to, że pismo z dnia 20 października 2014 r. skutkowało zmianą pierwotnych postanowień SIWZ. Świadczy o tym, tak sama treść odpowiedzi Zamawiającego udzielonych w kontekście konkretnych pytań (w których Zamawiający stwierdza w sposób wyraźny, że dopuszcza, jako prawidłowe, rozwiązanie inne, niż opisane w pierwotnej treści SIWZ), jak i zawarte w ostatnim zdaniu tegoż pisma stwierdzenie, zgodnie z którym w związku z udzielonymi odpowiedziami, Zamawiający zmienił treść SIWZ.

W uznaniu Izby, mając na uwadze reguły wykładni oświadczeń woli ukształtowane w oparciu art. 65 § 1 kodeksu cywilnego (w szczególności badając oświadczenie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 20 października 2014 r. przez pryzmat okoliczności, w których zostało złożone, a zatem w kontekście treści opisu przedmiotu zamówienia tak w pakiecie nr 4 jak i nr 8), zasadnym było przyjęcie, że odpowiedź na pytanie 2 (a także 3 i 4) odnosiła się do opisu przedmiotu zamówienia właściwego dla pakietu nr 8 i to nawet wbrew przywołaniu w treści tegoż pytania pakietu nr 4. Rozstrzygającym, zdaniem Izby, była materia powołanego pytania – wykonawca, który je zadał, odniósł jego treść do cewników do odsysania górnych dróg oddechowych (tak Zamawiający zdeszyfrował akronim „g.d.o.” użyty w tym pytaniu, czego Odwołujący nie kwestionował), które opisane zostały bezspornie w ramach pakietu nr 8, a brak jakiegokolwiek wskazania na nie w opisie pakietu nr 4. Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego (a co istotne, to na nim, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu), że treść, tak pytania nr 2, jak i odpowiedzi na nie, nie odnosiła się *de facto* do opisu przedmiotu zamówienia w ramach pakietu nr 8. Podkreślał on jedynie fakt wskazania w treści tegoż pytania na pakiet nr 4, jako na ten, do którego miało się ono odnosić. Zdaniem Izby, istotniejszym aniżeli samo wskazanie na określony numer pakietu (części zamówienia) w treści spornego pytania, była treść tegoż pytania i odpowiedzi na nie – odwołano się w nich bowiem w sposób oczywisty do cewników do odsysania górnych dróg oddechowych, które bezsprzecznie zostały opisane w ramach pakietu nr 8. Odwołujący nie udowodnił,

że powołane cewniki do odsysania górnych dróg oddechowych, do których bezspornie odwoływał się opis przedmiotu zamówienia odnoszący się do pakietu nr 8, opisane zostały również w ramach pakietu nr 4. W ramach drugiego z przywołanych pakietów (nr 4) opisane zostały w sposób wyraźny wkłady workowe o określonej objętości kompatybilne z określonym systemem. Brak tam jakichkolwiek odniesień do powołanych cewników, czy to w sposób bezpośredni, czy nawet pośredni – Odwołujący nie wykazał istnienia takich odniesień. Te właśnie okoliczności sprawiły, iż większą wiarygodność Izby przypisała argumentacji Zamawiającego.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami Izby uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby treść ofert złożonych tak przez Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej, jak i przez Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. w Zabrze nie odpowiadała treści SIWZ. Brak było zatem podstaw dla przyjęcia, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez powołanych wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....