

Sygn. akt: KIO 230/14

**WYROK**  
z dnia 19 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2014 r. przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje w zakresie pakietu 37 poz.5 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy NEOMED B..... J. S..... z Piaseczna i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym pakiecie;
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź** na rzecz **SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** kwotę 18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 230/14**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej UNIWERSYTECKI SZPITAL KLINICZNY Nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa drobnego jednorazowego sprzętu medycznego do zabiegów anestezyjologicznych i drobnego sprzętu szpitalnego.”

Wnoszący odwołanie wykonawca - SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo - akcyjna z Łodzi [Odwołujący lub wykonawca Skamex] podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co jego zdaniem naruszyło jego interes, albowiem tak działanie jak i zaniechanie działania Zamawiającego, pozbawiło wykonawcę w sposób bezprawny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, gdy jego oferta w zakresie pakietu Nr 37 poz. 5, jest ofertą najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu, a wykonawca ten nie podlega wykluczeniu.

W uzasadnieniu wykonawca podał, że Zamawiający w piśmie z dnia 30 stycznia 2014 r. poinformował rozstrzygnięciu w/w postępowania o zamówienie publiczne, wskazując, że jako najkorzystniejszą ofertę, w zakresie pakietu Nr 37 poz. 5, wybrał ofertę firmy NEOMED B..... J. S..... (oferta Nr 20). Odwołujący, nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, stwierdził, że zarówno w świetle postanowień SIWZ jak i przepisów powszechnie obowiązującego prawa oferta firmy NEOMED B..... J. S..... w zakresie pakietu Nr 37 poz. 5 powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu wyrób medyczny (system do niekontrolowanej zbiórki stolca) nieposiadający wymaganego w treści SIWZ pochłaniacza węglowego w związku z czym treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Podkreślił, że Zamawiający w treści SIWZ przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, w pakiecie Nr 37 poz. 5 wymagał zaoferowania systemu do niekontrolowanej zbiórki kału posiadającego m.in. pochłaniacz węglowy. Firma NEOMED B..... J. S..... zaoferowała wyrób medyczny producenta firmy PROSYS, o numerze katalogowym Sec 100, który nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie posiadania w/w pochłaniacza. Powyższe wynika zarówno z załączonych do oferty firmy NEOMED B..... J. S....., zgodnie z wymogami SIWZ (rozdział VII pkt.2.1 str. 8), stron katalogowych (strona 26-29) opisujących oferowany przez tę firmę w zakresie pakietu Nr 37 poz. 5, wyrób, gdzie brak jest wskazania na posiadanie przez oferowany system wymaganego pochłaniacza węglowego, jak i przekazanej Zamawiającemu na jego

wezwanie próbki oferowanego wyrobu o numerze katalogowym Sec 100, która, co przyznała firma NEOMED B..... J. S..... w piśmie do z dnia 22 stycznia 2014 r. Odwołujący podał także, że w tym piśmie firma NEOMED B..... J. S..... przyznała ponadto, że wyrób medyczny występujący pod wskazaną przez nią w formularzu ofertowo/cenowym nazwą/numerem katalogowym Sec 100 występuje w dwóch wersjach (z i bez przedmiotowego filtra) i tym samym, co jest przedmiotem oferty NEOMED, można ustalić dopiero na podstawie analizy dołączonych do oferty tej firmy kart katalogowych oferowanego przez nią systemu oraz dostarczonych Zamawiającemu jego próbek, a z nich jednoznacznie wynika, że przedmiotem oferty firmy NEOMED B..... J. S..... w zakresie pakietu Nr 37 poz. 5 jest system do niekontrolowanej zbiórki kału nieposiadający wymaganego treścią SIWZ pochłaniacza węglowego.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że w świetle przedstawionych w odwołaniu faktów oraz obowiązujących przepisów prawa, zarówno zaniechanie odrzucenia w zakresie pakietu Nr 37 poz. 5 oferty firmy NEOMED B..... J. S..... jak i wybór oferty tej firmy jako najkorzystniejszej, jest całkowicie nieuzasadnione, a tym samym nieuprawnione i naruszające interes wykonawcy SKAMEX.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru, w zakresie pakietu Nr 37 poz. 5, jako najkorzystniejszej oferty firmy NEOMED B..... J. S..... (oferta Nr 20) i dokonanie, w zakresie tego pakietu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty firmy NEOMED a następnie wybór oferty najkorzystniejszej spośród ważnie złożonych ofert, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie publicznego [„Dostawa drobnego jednorazowego sprzętu medycznego do zabiegów anestezjologicznych i drobnego sprzętu szpitalnego”] dotyczy czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu 37 poz. 5. W tym przypadku zostały złożone dwie oferty, jedną z nich złożył Odwołujący, a drugą – wykonawca NEOMED B..... J. S..... [wykonawca NEOMED].

Izba stwierdziła także, że wykonawca SKAMEX we wniesieniu tego odwołania ma interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem w pakiecie 37 poz.5 złożył ofertę, która nie została dotychczas przez Zamawiającego odrzucona, a wykonawca nie został wykluczony z przedmiotowego postępowania. Tym samym potwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy NEOMED sprawia, że to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą, a zaniechanie wyboru tej oferty skutkowałoby dla wykonawcy określoną szkodą, wynikającą z nie uzyskania zamówienia w spornym pakiecie.

Rozpoznając odwołanie Izba, miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpatrując następnie podnoszone w nim zarzuty, Izba zobowiązana była uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą kontradiktoryjności obowiązującą w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba – w spornym zakresie - ustaliła, że Zamawiający w specyfikacji w załączniku nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] w kolumnie 6 i 7 wymagał podania nazwy handlowej oferowanego wyrobu medycznego [sprzętu] oraz producenta i numeru katalogowego dla oferowanego sprzętu. Z kolei w pkt VII ppkt 2.1 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowany sprzęt medyczny odpowiada wymaganiom specyfikacji, do oferty należało załączyć aktualne katalogi dla wyrobu z każdego pakietu. Ponadto Zamawiający w pkt II ppkt 4 specyfikacji zastrzegł prawo wezwania wykonawców do dostarczenia próbek oferowanego produktu.

Wykonawca NEOMED w formularzu ofertowym w zakresie pakietu 37 poz. 5 w kolumnie 2 [opis asortymentu] wskazał na „System do kontrolowanej zbiórki stolca z węglowym pochłaniaczem zapachu (silikonowy)”, a w kolumnie 7 podał producenta i numer katalogowy „Prosyst/Sec100.” Wykonawca załączył także folder [3 str], gdzie na stronie 2 wskazano na "1,5 litrowy worek zbiorczy z superabsorbentem", nie zaznaczając, że posiada on m.in. wymagany węglowy pochłaniacz zapachu.

Zamawiający badając ofertę tego wykonawcy, wezwał NEOMED w piśmie z dnia 28 października 2013 r. do dostarczenia próbek, a w piśmie z dnia 13 listopada 2013 r. – do

udzielenia wyjaśnień [na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp], czy oferowany wyrób [system] jest wykonany z silikonu i ma węglowy pochłaniacz zapachu.

Wykonawca w odpowiedzi [przy piśmie z dnia 28.10.2013 r.] przekazał żadaną próbkę wyrobu, a w piśmie z dnia 13.11. 2013 r. oświadczył, że oferowany wyrób Prosys nr kat. Sec100 jest wykonany z silikonu i ma filtr węglowy, który pochłania zapach oraz dołączył nowy folder, gdzie na 2 str, wskazano na filtr węglowy, w który wyposażony jest system.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 stycznia 2014 r., zawiadamiającym o wyborze w pakiecie 37 poz. 5 oferty wykonawcy SKAMEX, poinformował jednocześnie wykonawcę NEOMED o odrzuceniu jego oferty w zakresie tego pakietu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i wskazał, że oferowany system nie posiada pochłaniacza węglowego zapachów oraz nie posiada w mankencie uszczelniającym „kieszonki”. Na rozprawie Zamawiający podał, że powyższe braki stwierdzono w wyniku badania próbki uzyskanej w dniu 28.10. 2013 r.

Wykonawca NEOMED w piśmie z dnia 10 stycznia 2014 r. [Notatka służbowa] podał w szczególności, że zaproponowany system posiada wymagany węglowy pochłaniacz zapachu, co jego zdaniem potwierdza dołączony do oferty katalog, jak i przedstawiona próbka i jej ocena jest sprzeczna ze stanem faktycznym. Zwrócił także uwagę, że specyfikacja nie wymagała posiadania „kieszonki” w mankencie uszczelniającym oraz na znacznie korzystniejszą cenę ofertową za produkt [niższą o ponad 24 tys. zł netto], w stosunku do ceny konkurencyjnej oferty.

Zamawiający w piśmie z dnia 20 stycznia 2014 r. podtrzymał decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy NEOMED na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, korygując jednocześnie podstawę faktyczną odrzucenia oferty, z ograniczeniem do stwierdzenia braku posiadania przez zaoferowany system wymaganego specyfikacją pochłaniacza węglowego zapachu.

Wykonawca NEOMED w piśmie z dnia 22 stycznia 2014 r. zwrócił się z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie jego oferty w pakiecie 37 poz. 5 wyjaśniając, że zaoferowany jako próbka produkt o nr SEC 100 został omyłkowo dostarczony bez filtra węglowego w worku zbiorczym. Podał także, że produkty o tym numerze są dostępne w dwóch wersjach – z workami zbiorczymi bez filtra węglowego oraz z workami zbiorczymi z filtrem węglowym i załączył nowy folder oraz próbkę dla produktu z filtrem węglowym.

Zamawiający skutkiem tych wyjaśnień oraz [jak podał na rozprawie] znacznie korzystniejszą ceną dla oferowanego produktu przez NEOMED [blisko 30 tys. zł] unieważnił wybór

najkorzystniejszej oferty z dnia 9 stycznia 2014 r. oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert w zakresie pakietu 37 poz.5 i za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy NEOMED.

Mając na uwadze taki stan faktyczny, Izba stwierdza, że wybór oferty wykonawcy NEOMED dokonany został z naruszeniem art. 91 ust 1 ustawy Pzp, albowiem oferta tego wykonawcy w zakresie pakietu 37 poz. 5 powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji.

Z okoliczności sprawy bezspornie wynika bowiem, że dostarczona próbka przy piśmie z dnia 28.10.2014 r. oferowanego w ofercie „Systemu do kontrolowanej zbiórki stolca z węglowym pochłaniaczem zapachu (silikonowy)” producenta Prosys o numerze katalogowym Sec100 nie była wyposażona w węglowy pochłaniacz zapachów.

Powyższe potwierdził także wykonawca w piśmie z dnia 22.01.2014 r., wskazując na omyłkowo dostarczoną próbkę produktu o nr SEC 100 bez filtra węglowego w worku zbiorczym, potwierdzając jednocześnie, że produkty o tym numerze są dostępne w dwóch wersjach [z workami zbiorczymi bez filtra węglowego oraz z workami zbiorczymi z filtrem węglowym] oraz załączając nowy folder i prawidłową próbkę dla produktu z filtrem węglowym.

Izba dodatkowo zauważa, że tego ustalenia nie zmieniają wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 13 listopada 2013 r., które de facto były co najmniej sprzeczne z próbką produktu dostarczonego w ramach procedury przewidzianej w specyfikacji.

Izba także podkreśla, że decyzji z dnia 9 stycznia 2014 r. nie mogły zmienić także wyjaśnienia wykonawcy z dnia 22.01.2014 r., co do popełnionej omyłki – jak to określił wykonawca – przez czynnik ludzki.

Poprawienie omyłek możliwe jest tylko w okolicznościach wskazanych w ustawie [odpowiednio w art. 26 ustawy Pzp czy w art. 87 ust.2 ustawy Pzp], a ponadto ustawa Pzp nie zezwala, aby procedura wyjaśnień czy poprawiania omyłek prowadziła do zmiany treści oferty.

Izba stwierdza, że okoliczności podane w piśmie z dnia 22 stycznia 2014 r. de facto stanowiły niedopuszczalną modyfikację treści oferty i tym samym nie mogły wzruszyć decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy NEOMED z dnia 9 stycznia 2014 r. [utrzymanej w mocy w dniu 20.010.2014 r.].

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z ustawą Pzp wybór najkorzystniejszej oferty może być dokonany wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

W konkluzji Izba stwierdza, że – w okolicznościach faktycznych sprawy – za zasadny należało uznać także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp, albowiem w pakiecie 37 poz. 5 wybór najkorzystniejszej oferty dotyczył oferty wykonawcy NEOMED B..... J. S..... z Piaseczna, która to oferta podlegała odrzuceniu. Tym samym Izba nakazała odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie badanie i ocenę ofert w zakresie pakietu 37 poz.5 oferty z uwzględnieniem ważnie złożonych ofert [w tym przypadku jednej oferty SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo - akcyjna z Łodzi], zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji i przepisami ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając 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).

.....