

Sygn. akt: KIO 1412/15

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2015 r. przez wykonawcę **MEDYK s.c. J. M. M. S., ul. Królowej Jadwigi 2, 21-500 Biała Podlaska** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Nadbużański Oddział Straży Granicznej, ul. T r u b a k o w s k a 2 , 2 2 - 1 0 0 C h e ł m**

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę **MEDYK s.c. J. M. M. S., ul. Królowej Jadwigi 2, 21-500 Biała Podlaska** i do kosztów postępowania odwoławczego zaliczyć wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **MEDYK s.c. J. M. M. S., ul. Królowej Jadwigi 2, 21-500 Biała Podlaska.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na *Podstawową opiekę zdrowotną dla osób osadzonych w Strzeżonym Ośrodku dla Cudzoziemców PSG Biała Podlaska* wykonawca MEDYK s.c. J. M. M. S., ul. Królowej Jadwigi 2, 21-500 Biała Podlaska (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności **Nadbużańskiego Oddziału Straży Granicznej, ul. Trubakowska 2, 22-100 Chełm** (dalej „zamawiający), polegającej na wyborze oferty niespełniającej wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Jak wskazał sam odwołujący postępowanie jest o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, a ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 czerwca 2015 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, to jest brak wskazania, czy zapewnienie przez wykonawcę konsultacji pediatrycznych jest warunkiem koniecznym do uznania oferty za zgodną z SIWZ,
2. art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków uniemożliwiające zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, co spowodowało, że nie zostały zachowane podstawowe zasady udzielania zamówienia publicznego, to jest równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji,
oraz
dokonanie wyboru oferty niezgodnej z SIWZ, która to niezgodność polega na braku zapewnienia opieki pediatrycznej w jakimkolwiek zakresie w sytuacji, gdy zarówno SIWZ, jak też załączniki do SIWZ nie przewidują możliwości pominięcia tego elementu oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty nie spełniającej warunków SIWZ,
2. zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, a w tym kosztów zastępstwa adwokackiego oraz kosztów dojazdu na rozprawę według zestawienia, które zostanie złożone na rozprawie.

Odwołujący podał, że w toku postępowania oferty złożył on oraz Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej ZALMED M. Z. z siedzibą w Białej Podlaskiej.

Wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XI pkt 2 SIWZ wybór oferty uzależniony był od dwóch kryteriów: ceny (90% wagi) oraz konsultacji pediatrycznej (10% wagi). Dodał, że także w projekcie umowy widnieje zapis mówiący o konieczności zapewnienia konsultacji pediatrycznych przez wykonawcę.

Podał, że w dniu 29 czerwca 2015 r. otrzymał faxem informację, zgodnie z którą jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej ZALMED M. Z. z siedzibą w Białej Podlaskiej.

Podniósł, że oferta wybrana w ogóle nie przewiduje zapewnienia opieki pediatrycznej w jakimkolwiek zakresie, w związku z czym wykonawca, który ją złożył, jako nie spełniający wymogów wskazanych w SIWZ, winien być wykluczony z postępowania. Argumentował, że w myśl postanowień zawartych w rozdziale I pkt 3 SIWZ zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych i wariantowych, wobec czego oferta, która nie zawierała w sobie konsultacji pediatrycznych winna zostać uznana za ofertę częściową i jako taka odrzucona.

Podniósł, że skoro drugi z oferentów nie wskazał w swojej ofercie, że będzie świadczył usługi również w zakresie opieki pediatrycznej (nie uwzględnił w swojej ofercie związanych z tym kosztów) to oferta nie może być w jakikolwiek sposób porównana z ofertą złożoną przez drugiego z oferentów, tj. odwołującego.

Wskazał, że z załącznika nr 1 do SIWZ (szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia) wynika, że zabezpieczenie świadczeń zdrowotnych w zakresie podstawowej opieki zdrowotnej osadzonych w Strzeżonym Ośrodku dla Cudzoziemców w Białej Podlaskiej polegać ma m.in. na opiece zdrowotnej nad dziećmi i młodzieżą, w tym przeprowadzaniu porad patronażowych oraz badań bilansowych. Nadto, że formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ) zawiera punkt o treści: *„Oferujemy udzielenie konsultacji pediatrycznych w Strzeżonym Ośrodku dla Cudzoziemców PSG Biała Podlaska dni w tygodniu”* oraz, że w projekcie umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) w § 3 pkt. 2 wskazano, iż wykonawca zobowiązuje się udzielać konsultacji pediatrycznych (z miejscem na wpisanie ilości dni tych konsultacji w tygodniu).

Odwołując się do zasad logiki i doświadczenia życiowego stwierdził, iż zamawiający ogłaszając przetarg w niniejszej sprawie, a także wskazując w SIWZ (Rozdział XI, pkt 3 SIWZ) trzy możliwości: konsultacje 2x, 3x lub 4 x w tygodniu, nie przewidział sytuacji, przedstawienia oferty bez uwzględnienia jakiegokolwiek opieki pediatrycznej, to jest w tym wypadku 0x w tygodniu.

Podniósł, że literalna wykładnia SIWZ oraz załączników każe wskazywać, że każdy wykonawca przystępujący do przetargu winien w swojej ofercie zawrzeć konsultacje pediatryczne w zakresie od 2 x do 4 x w tygodniu, ponieważ gdyby podmioty przystępujące

do udziału w przetargu posiadały informację, że w istocie deklaracja co do ilości konsultacji pediatrycznych, a także konieczność uwzględnienia ich w cenie za usługę, nie jest w żaden sposób niezbędna do spełnienia warunków uznania oferty za złożoną zgodnie z SIWZ, to żaden z wykonawców, a w tym odwołujący, nie powinien był deklarować ilości zapewnianych przez siebie konsultacji pediatrycznych, zaś zapis w SIWZ oraz załącznikach w tym zakresie, winien być uznany za całkowicie zbędny. Dodał, że równie dobrze mógłby bowiem znajdować się tam zapis odnośnie zapewnienia konsultacji np. gastroenterologa, hepatologa, czy lekarza równie rzadkiej specjalności w sytuacji, gdy wiadomym byłoby, że zapewnienie konsultacji z nim nie ma w sprawie najmniejszego znaczenia.

Staął na stanowisku, że z SIWZ nie wynika wprost, czy zapewnienie przez wykonawcę konsultacji pediatrycznej jest warunkiem koniecznym do spełnienia warunków specyfikacji, a zatem, czy niezapewnienie tej konsultacji powoduje odrzucenie oferty, bądź też może być uznane za ofertę częściową, która jest w myśl zapisów SIWZ niedopuszczalna, co, w ocenie odwołującego, naruszyło podstawowe zasady udzielania zamówienia publicznego, to jest równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnej z SIWZ.

Zdaniem odwołującego sformułowanie przez zamawiającego sposobu oceny ofert prowadzi do paradoksalnej sytuacji, w której spełnienie jednego z wymogów wynikających ze specyfikacji, a co za tym idzie konieczność uwzględnienia tego przy ustalaniu ceny ofertowej, powoduje pogorszenie sytuacji wykonawcy względem podmiotu, który składa ofertę bez spełnienia tego wymogu, a zatem może wskazać w swej ofercie niższą cenę, tego wymogu nieuwzględniającą.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena wskazana przez drugiego z oferentów jest w jego ocenie rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, co wynika z faktu, że znacząco odbiega ona od wskazanej w ogłoszeniu o przetargu szacunkowej wartości zamówienia, określonej na 75.000,00 zł netto, to jest 92.250,00 zł brutto. Powinno to, podniósł odwołujący, budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego; uznał, że z tego względu oferta ta winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W dniu 29 czerwca 2015 r. odwołujący otrzymał, przesłaną przez zamawiającego faksem informację o wyborze oferty najkorzystniejszej drugiego z wykonawców, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 3 lipca 2015 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w formie pisemnej, odwołanie (wpływ bezpośredni), w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, to jest brak wskazania, czy zapewnienie przez wykonawcę konsultacji pediatrycznych jest warunkiem koniecznym do uznania oferty za zgodną z SIWZ,
2. art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków uniemożliwiające zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, co spowodowało, że nie zostały zachowane podstawowe zasady udzielania zamówienia publicznego, to jest równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji,

oraz dokonanie wyboru oferty niezgodnej z SIWZ, która to niezgodność polega na braku zapewnienia opieki pediatrycznej w jakimkolwiek zakresie w sytuacji, gdy zarówno SIWZ, jak też załączniki do SIWZ nie przewidują możliwości pominięcia tego elementu oferty.

Pismem z dnia 10 lipca 2015 r., doręczonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2015 r., zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym w szczególności zażądał odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 oraz art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Poza sporem był fakt, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych (w dniu 12 czerwca 2015 r.)

Oznacza to, że w rozpatrywanym przypadku – co do zarzutu wyboru oferty niezgodnej z SIWZ, która to niezgodność polega na braku zapewnienia opieki pediatrycznej w jakimkolwiek zakresie w sytuacji, gdy zarówno SIWZ, jak też załączniki do SIWZ nie przewidują możliwości pominięcia tego elementu oferty – zastosowanie znajdzie przepis art. 189 ust. 2 pkt 6) w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż odwołanie dotyczy czynności innej niż określone w przywołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołującemu przysługuje odwołanie wobec wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, nie przysługuje natomiast – w świetle enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp czynności – odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, tj. wykonawcy, którego zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Nadto, co do zarzutów: nieprecyzyjnego opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, to jest brak wskazania, czy zapewnienie przez wykonawcę konsultacji pediatrycznych jest warunkiem koniecznym do uznania oferty za zgodną z SIWZ oraz sformułowanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków uniemożliwiający zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, co spowodowało, że nie zostały zachowane podstawowe zasady udzielania zamówienia publicznego, to jest równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, zastosowanie znajduje przepis art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, ponieważ sposób dokonywania oceny spełnienia warunków dostępny był wykonawcom w postanowieniach SIWZ od dnia 12 czerwca 2015 r., co oznacza, że złożenie odwołania było możliwe wyłącznie do dnia 17 czerwca 2015 r.

Złożenie odwołania w dniu 3 lipca 2015 r. przesądza o obowiązku uznania, że ww. zarzuty odwołania, uwzględniając przepis art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zostały wniesione po upływie pięciodniowego terminu określonego w ustawie Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) i 6) ustawy Pzp, jako odwołanie, które zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie oraz dotyczy czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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: