

Sygn. akt: KIO 729/16

Wyrok

z dnia 18 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 18 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2016 r. przez wykonawcę **Medicus sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą W Tychach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Dziecięcy Im. Prof. Dr Med. Jana Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty tego wykonawcy.
2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Dziecięcy Im. Prof. Dr Med. Jana Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Medicus sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą W Tychach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od **Szpitala Dziecięcego Im. Prof. Dr Med. Jana Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie** na rzecz **Medicus sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą W Tychach** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Dziecięcy Im. Prof. Dr Med. Jana Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość szacunkowa nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na dostawy pasków neurochirurgicznych z waty oraz opatrunków specjalistycznych z podziałem na pakiety. Numer sprawy: RZP-15/MK/2016 (BZP z 18.03.2016 r. nr 61972 – 2016).

Odwołujący: MEDICUS Sp. z o. o. SKA z siedzibą w Tychach wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie Pakietu Nr 1.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania Wykonawców.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez dokonania wadliwej czynności odrzucenia oferty spełniającej wszelkie wymogi przedstawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty najkorzystniejszej w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert.

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego spełnia wszelkie wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w zakresie Pakietu Nr 1. W konsekwencji wadliwych czynności Zamawiającego, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego kontraktu.

Wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietu Nr 1.
2. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
3. Wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu Nr 1.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający odrzucił oferty odwołującego w zakresie Pakietu Nr 1 w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. W uzasadnieniu faktycznym dokonane czynności Zamawiający przedstawił poniższą argumentację, cyt.:

"...Zamawiający w Rozdz. IV ust. 2 pkt. 8a) wymagał złożenia wzorów oferowanych artykułów w ilości po 2 szt. na potwierdzenie, że oferowane artykuły odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

Wykonawca nie złożył wymaganych wzorów wraz z ofertą i został wezwany do ich uzupełnienia.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca złożył po 1 sztuce wzorów, mimo że został wezwany do uzupełnienia wzorów (zgodnie z zapisami SIWZ) po 2 sztuki, co jest niezgodne z wymogami Zamawiającego. Oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia."

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 11.04.2016 r. wzywające na mocy art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty m.in. o wzory zaoferowanych produktów przekazał po 1 opakowaniu zaoferowanych pasków neurochirurgicznych w rozmiarach wyspecyfikowanych w poz. Nr 1, 4 i 8 Pakietu Nr 1. Wspomniane powyżej opakowanie w formie "saszetki"(opakowanie papierowo-foliowe typu "blister") zawiera 10 szt. pasków neurochirurgicznych. W sumie odwołujący dostarczył Zamawiającemu 30 szt. wzorów oferowanych produktów. Podkreśla, że zgodnie z treścią siwz Zamawiający żądał przedstawienia wzorów w ilości po 2 szt.(rozdział IV, ust. 2 pkt 8a) z trzech pozycji asortymentowych, w sumie 6 szt. W swoich wymogach określonych w siwz dotyczących wymaganej ilości wzorów Zamawiający posługuje się tylko i wyłącznie jednostką miary w postaci "szt". Dopiero z treści informacji o odrzuceniu oferty odwołującego można domniemywać, że Zamawiający pod pojęciem "2szt." w rzeczywistości miał na myśli 2 opakowania i przedstawienia takiej ilości wzorów oczekiwał. Określenie w wymogach specyfikacji ilości wymaganych próbek w formie np. 2 opakowań czy też 2 saszetek wydaje się być bardziej odpowiednie, jeżeli oczekiwania Zamawiającego były takie, jak opisał je po raz pierwszy w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego i z pewnością nie budziłyby żadnych wątpliwości tak jak w opinii odwołującego nie budziło żadnej wątpliwości, że 2 szt. oznaczają 2 paski neurochirurgiczne.

Biorąc jednak pod uwagę tylko zapisy siwz, do których odwołujący miał dostęp przygotowując ofertę czy też dokonując jej uzupełnienia trudno było domyśleć się interpretacji Zamawiającego czy też faktycznych oczekiwań.

Odwołujący podkreśla istotny z punktu obowiązujących przepisów prawa w zakresie udzielania zamówień publicznych fakt, a mianowicie cel postawionego wymogu. Zgodnie w wymogami siwz próbki oferowanych produktów miały posłużyć Zamawiającemu do oceny zgodności z wymogami opisu przedmiotu zamówienia. A zatem Zamawiający miał zamiar sprawdzić czy oferowany produkt posiada odpowiedni rozmiar i czy jest wykonany z odpowiedniego materiału, bo takie właśnie parametry Zamawiający określił w opisie dotyczącym przedmiotu zamówienia. Do dokonania przedmiotowej czynności z pewnością wystarczyłaby nawet jedna sztuka produktu, jeden pasek neurochirurgiczny. Pewnym uzasadnieniem dla wymagania większej ilości próbek mogłaby być ocena jakości produktu, a

zatem badanie konkretnych cech i właściwości użytkowych produktu, które może być przeprowadzane na większej liczbie oddziałów szpitalnych czy też przez większą liczbę operatorów. Jednak w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastosował kryterium oceny jakości.

Przekazane przez odwołującego próbki w ilości 30 szt. pasków neurochirurgicznych jak również wszelkie inne wymagane dokumenty bezspornie umożliwiły Zamawiającemu dokonanie oceny zgodności z wymogami siwz. Decyzja Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty odwołującego stanowi bezspornie naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Potwierdzenie słuszności powyższych argumentów można znaleźć w orzecznictwie i tak na przykład wskazać należy, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2012 r., o sygnaturze KIO 2749/11; KIO 2756/11; KIO 2763/11 „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów”.

Również zgodnie z wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2013 r., o sygnaturze KIO 1902/13 „O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego”.

Wskazane powyżej orzecznictwo potwierdza, że decyzja Zamawiającego jest sprzeczna z przepisami wynikającymi z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Wskazać należy również, że Zamawiający nie skorzystał w pełni z możliwości, które nadaje mu art. 26 ust. 3 Ustawy, który to w świetle orzecznictwa uprawnia Zamawiającego w szczególnych okolicznościach do ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, w tym przypadku wzorów oferowanych produktów. Dyskusyjne określenie wymagania dotyczącego ilości wymaganych wzorów w opinii odwołującego może stanowić przesłankę do ponownego zastosowania uprawnień wynikających z treści art. 26 ust. 3 ustawy. Poniżej fragmenty orzeczeń potwierdzające słuszność powyższego argumentu.

Wyrok z dnia 20.02.2015 r. KIO 213/15; KIO 214/15; KIO 215/15 " Wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz (choć wprost nie wynika to z treści art. 26 ust. 3 p.z.p.) w odniesieniu do tego samego dokumentu. Ponowione wezwanie do uzupełnienia dokumentów - w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze, gdyż tylko

takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 p.z.p."

Wyrok KIO 2217/13 " Zamawiający ma obowiązek całościowej weryfikacji dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., z którym sprzężony jest obowiązek wezwania do ich uzupełnienia w zakresie, który wynika z kompleksowej oceny. W konsekwencji jest możliwe kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednak dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie."

Wyrok KIO 2217/13 "1. Jeżeli Zamawiający nie wskaże wszystkich błędów w dokumencie, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, to powinien ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentu, wskazując błąd do którego naprawienia Wykonawca nie był uprzednio zobowiązany w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. 2. Nie można wprost stosować zasady, że do uzupełnienia dokumentu nie można wzywać wielokrotnie, jeżeli Zamawiający zauważa błędy nie w toku jednej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale w toku wielokrotnych czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, z powodu zauważonych każdorazowo innych błędów."

Podsumowując, stwierdzić należy, iż działania Zamawiającego pozostają w sprzeczności z obecnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, orzecnictwem oraz chociażby z powszechnie obowiązującymi zasadami współżycia społecznego, które oznaczają minimum powszechnie przyjmowanych zasad poprawności i uczciwości w relacjach z innymi osobami. Czynności jak i zaniechania Zamawiającego naruszają interes prawny naszej, gdyż w ich wyniku Zamawiający pozbawił odwołującego możliwości realizacji kontraktu pomimo złożenia ważnej, spełniającej wszystkie wymogi opisu przedmiotu zamówienia oferty, oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na treść siwz w rozdziale IV pkt 2 pkt 8, z wymogiem przedłożenia wzorów oferowanych artykułów w ilości : pakiet 1 – poz. 1, 4 i 8, po 2 szt.

Wskazał, że w rozdziale II zawarto odesłanie do załącznika nr 2, zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i stanowiącego jednocześnie formularz cenowy zamówienia. W tym dokumencie stwierdzono, iż jednostką wymaganą jest saszetka, która zawiera 10 sztuk pasków. W tabeli formularza wskazano, że wymaganą jednostką dla wszystkich 8 pozycji, w tym spornych 1, 4 i 8 jest saszetka. W wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca złożył po jednej saszetce dla każdej ze wskazanych pozycji. Zamawiający

stwierdził, że wymogi siwz są precyzyjne i obowiązujące, a w zakresie objętym sporem wykonawcy nie zgłaszali pytań, ani zastrzeżeń do treści siwz. Podtrzymał stanowisko o poprawności decyzji odrzucenia oferty odwołującego.

Przypomniał, iż w siwz wskazano na wymóg złożenia wzorów oferowanych artykułów, a z uwagi na treść formularza cenowego przez oferowany artykuł należy rozumieć saszetki w wymaganej liczbie.

Odwołujący poparł odwołanie. Przypominając treść postanowień siwz podkreślił konieczność literalnego rozumienia i stosowania siwz. Zauważył, że w formularzu cenowym użyto dwóch jednostek miary, tj. saszetka i sztuka. Wskazał także na treść wezwania i siwz, w których użyte jest określenie sztuka. Podkreślił, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przedmiotem zamówienia są paski neurochirurgiczne o określonych parametrach, pakowane w saszetki. Stwierdził, że zamawiający odrzucając ofertę nie wskazał na jej materialną niezgodność z wymogami, w szczególności niespełnienia parametrów wymaganych.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i czynności stron w zakresie objętym zarzutami odwołania zważyła, co następuje.

Niesporne jest, że przedmiotem zamówienia w pakiecie 1 jest dostawa pasków neurochirurgicznych z waty o określonych wymogach opisanych w rozdziale II specyfikacji ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 2 do siwz.

Istotą rozpoznania sporu jest ocena sformułowania zawartego w Rozdziale IV siwz pkt 2.8 a) dotyczącego obowiązku przedłożenia w ramach pozostałych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania wzorów „oferowanych artykułów w ilości: pakiet 1 – poz. 1, 4 i 8 po 2 szt”. Wobec nie złożenia z ofertą takich wzorów, zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp pismem z 11 kwietnia wezwał wykonawcę do złożenia m. in. takich wzorów powołując cytowany wyżej wymóg siwz. W wyznaczonym terminie wykonawca złożył po jednej sztuce saszetki zawierającej po 10 szt. pasków każda dla każdej z trzech wskazanych wyżej pozycji. W ocenie zamawiającego wyrażonej w decyzji o odrzuceniu oferty z dnia 26 kwietnia 2016 r. wykonawca złożył po jednej sztuce wzorów, zamiast po 2 sztuki, co jest niezgodne z wymaganiami.

W toku rozprawy zamawiający przedstawił stanowisko, w myśl którego, w jego ocenie z uwagi na treść formularza cenowego przez oferowany artykuł należy rozumieć saszetki w wymaganej liczbie.

W ocenie składu orzekającego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporny jest wymóg złożenia wraz ofertą wzorów oferowanych artykułów określonych liczbowo jako 2 szt. Wypada zauważyć, że określenie „artykuł” użyte zostało w siwz tylko w jednym miejscu, niewątpliwie jednak odnosi się do oferowanego przedmiotu zamówienia. Natomiast określenie „sztuki” zostało użyte zarówno w R. IV pkt 2.8 a), jak i w formularzu cenowym zamówienia, gdzie ujęte jest w opisie wymogu poniżej tabeli formularza o treści: „Jednostką wymaganą przez Zamawiającego jest saszetka, która zawiera 10 szt. pasków. Skład orzekający stoi na stanowisku, że używane w jednym dokumencie określenie winno być konsekwentnie i tożsamo rozumiane. O ile zatem w R. IV pkt 2.8 a), a następnie w treści wezwania wykonawcy użyto określenia „szt” bez wskazania, iż dotyczy to innej rzeczy niż pasków neurochirurgicznych, to brak jest podstaw, następczo, nadawać temu określeniu odmienne rozumienie. Stąd też wykonawca prawidłowo i zgodnie z zapisami siwz wykonał czynność przedłożenia 2 sztuk wzoru oferowanego artykułu, jakim są paski neurochirurgiczne. W istocie przedłożył pięciokrotność sztuk w stosunku do literalnego zapisu, co jest czynnością racjonalną, jako że były to wyroby pakowane w saszetki zgodnie z wymogiem warunków dostawy.

Tym samym zamawiający nie miał podstaw odrzucenia oferty wykonawcy, który przedłożył wymagane wzory (próbki) oferowanych artykułów i w ilości i liczbie wymaganej.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 2 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: