

Sygn. akt KIO 1056/17

WYROK
z dnia 13 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Zespolony w Szczecinie

przy udziale wykonawcy Infomer Med sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Zespolonego w Szczecinie kwotę 3.965 zł 18 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt pięć złotych osiemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Zespolony w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa materiałów eksploatacyjnych i opakowań do sterylizacji dla SPWSZ w Szczecinie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 064-120043. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu, co stała się podstawą do wniesienia odwołania przez tego wykonawcę 29 maja 2017 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia dokumentów (stron katalogowych lub folderów, ulotek informacyjnych) dotyczących wyrobów oferowanych w zakresie zadania nr 5;
2. art 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania nr 5;
3. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione wybranie oferty Informer Med sp. z o. o. w Poznaniu w zakresie zadania nr 5.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 5, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 5, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 5.

Informer Med sp. z o. o. w Poznaniu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ, każdy wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty „dokumenty opisujące przedmiot zamówienia (strony katalogowe lub foldery, ulotki informacyjne) - w języku polskim dla oferowanych wyrobów, pozwalające na potwierdzenie ich zgodności z SiWZ w zakresie wymagań określonych przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ”.

Dokumenty podlegające uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zostały wymienione w rozdziale VI pkt 11 zdanie pierwsze SIWZ. W ich katalogu nie zostały wymienione foldery, ulotki lub karty katalogowe.

W rozdziale X pkt 1 lit. c SIWZ opisując sposób przygotowania oferty zamawiający wskazał, że powinna zawierać ona dokumenty opisujące przedmiot zamówienia (strony katalogowe lub foldery, ulotki informacyjne) - w języku polskim dla oferowanych wyrobów, pozwalające na potwierdzenie ich zgodności z SiWZ w zakresie wymagań określonych przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ.

Odwołujący nie załączył do swojej oferty w zakresie zadania nr 5 stron katalogowych lub folderów, ulotek informacyjnych.

18 maja 2017 r. zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania nr 5 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako przyczynę wskazując brak złożenia wraz z ofertą wymaganych zgodnie z pkt 1 ppkt 2 w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia „dokumentów opisujących przedmiot zamówienia (stron katalogowych lub folderów, ulotek informacyjnych) - w języku polskim dla oferowanych wyrobów, pozwalających na potwierdzenie ich zgodności z SIWZ w zakresie wymagań określonych przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie okazało się niezasadne.

Przede wszystkim Izba zważyła, że postanowienia SIWZ były dla odwołującego jasne. Odwołanie i stanowisko prezentowane na rozprawie nie zarzucają zamawiającemu niejasności postanowień SIWZ, a tylko to jedynie, że SIWZ obarczona jest błędem polegającym na wadliwej kwalifikacji folderów, ulotek lub kart katalogowych jako treści oferty, nie zaś jako dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp albo jako dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania wskazanych art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. W konsekwencji stanowisko zamawiającego, że brakujące lub obarczone błędami foldery, ulotki lub karty katalogowe nie podlegają uzupełnieniu było dla odwołującego jasne i zrozumiałe. W tej sytuacji nie sposób oceniać stanowiska odwołującego, inaczej niż kontestowanie zrozumiałej treści SIWZ, które nie może zostać wzięte pod rozagę przez Izbę z racji uchybienia terminowi na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wobec treści SIWZ w postępowaniach o wartości większej niż tzw. progi europejskie, a takim jest badane postępowanie, wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego. Z akt sprawy wynika, że zamawiający udostępnił SIWZ wykonawcom 31 marca 2017 r., zatem termin na wnoszenie odwołania upłynął 10 kwietnia 2017 r. Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku.

Zdaniem składu orzekającego nie jest możliwe traktowanie jasnych dla odwołującego postanowień SIWZ, zgodnie z którymi nie jest możliwe zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp wobec folderów, ulotek lub kart katalogowych, jako nienapisanych. Wymagałoby to ustalenia, że mają one charakter przedmiotowy i służą wyłącznie potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego. Tymczasem w specyficznych okolicznościach badanego postępowania Izba zważyła, że foldery, ulotki, karty katalogowe konkretyzują świadczenie wykonawcy, w związku z tym stanowią treść oferty. Świadczą o tym wskazanie folderów, ulotek lub kart katalogowych jako opisujących przedmiot zamówienia, czyli konstytuujących treść oferty, zastrzeżenie (rozdział VI pkt 1 SIWZ), podkreślenie że dokumenty te nie będą podlegać uzupełnieniu (rozdział VI pkt 11 SIWZ) oraz wskazanie, że składają się one na ofertę (rozdział X pkt 11 lit. c SIWZ).

Powołany przez odwołującego art. 26 ust. 3 Pzp ma wprawdzie charakter bezwzględnie obowiązujący, ale znajduje swe zastosowanie wyłącznie wobec dokumentów o charakterze podmiotowym, dokumentów o charakterze przedmiotowym lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a nie do sanacji braków w treści oferty. Wobec oferty, której treść powinna być niezmienna, zamawiający może wyłącznie dokonać poprawek wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp albo wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający musi przestrzegać ustalonych przez siebie reguł dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zatem nie może wbrew postanowieniom SIWZ wzywać wykonawcy do złożenia folderów, ulotek lub kart katalogowych, które wykonawca powinien przekazać zamawiającemu na etapie składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca tej powinności nie wykonał. Pogląd przeciwny naruszałby zasady równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: