

**WYROK**

**z dnia 20 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** od czynności Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin**.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

**2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa,**
- 2) zasądzić kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** na rzecz **OTICON POLSKA**

**Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę systemu implantu zakotwiczonego na przewodnictwo kostne”, Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 59948 – 2010.

Odwołujący - OTICON Polska Sp. z o.o., PI. Trzech Krzyży 4/6, 00 - 499 Warszawa powziął w dniu 5 października 2010 r. informację o odrzuceniu jego oferty i wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Medicus Sp. z o.o.

W dniu 22.07.2010 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego pismem l.dz. EDZ.242 - 20/10 do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty dotyczących parametru określonego w załączniku nr 1, pkt 1.3 „średnica zaczepu, wspornika 5,5 mm” SIWZ.

Zamawiający wymagał wskazania w treści oferty miejsca lub dokumentu, w którym podano informację o wymaganym parametrze.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których podkreślił, że informacja dotycząca średnicy zaczepu wspornika została podana na stronie 1 dokumentacji ofertowej. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach potwierdził, iż średnica zaczepu oferowanego przez niego wspornika wynosi 5,5 mm.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, iż „skrupulatnie przeanalizował wszystkie kartki i nie znalazł informacji dotyczącej jednego z parametrów”. Dodatkowo wskazał, że „bezczyńność Wykonawcy potwierdziła wniosek Zamawiającego, który zauważył na jednej ze stron oferty, iż zaczep procesora oferowany w ofercie Oticon Polska Sp. z o.o. wynosi 6 mm co jest niezgodne z treścią SIWZ”.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i w dniu 8 października wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec odrzucenia jego oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy konkurencyjnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2) art. 192 ust. 2 ustawy Pzp przez niezastosowanie - gdyż pomimo wydania wyroku Izby w przedmiotowej sprawie i jasnym wytycznym wskazanym w sentencji, Zamawiający w dalszym ciągu uporczywie i za wszelką cenę stara się bezprawnie i bezpodstawnie odrzucić

ofertę Odwołującego;

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w szczególności przez dokonanie czynności badania ofert w sposób rażąco przeczący podstawowym zasadom Prawa zamówień publicznych, uznając, iż w jednakowym stanie faktycznym opisanym w dokumentacji ofertowej oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy oferta drugiego uczestnika postępowania spełnia wszystkie wymagania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przypomniał, że przedmiotowe odwołanie jest kolejnym (drugim) w toczącym się postępowaniu na dostawę systemu implantu zakotwiczonego na przewodnictwo kostne.

Pierwsze odwołanie zostało wniesione w związku z bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego z uwagi na niewypełnienie przez niego jednej z niewymaganych obligatoryjnie rubryk tabeli parametrów odcinających (granicznych) oraz oceny jakościowej wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała Odwołującemu rację i odwołanie zostało uwzględnione.

W wyroku z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 996/10 Izba między innymi wyraziła pogląd, iż „W przedmiotowej sprawie można jedynie mówić o niezgodności co do formy, a nie co do merytorycznej treści. Jak wykazał na rozprawie odwołujący, co potwierdzają choćby strony 4, 32, 33, 34 jego oferty, złożona przez niego oferta spełnia minimalne wymagania zamawiającego (...) W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał, aby zaoferowany przedmiot nie odpowiadał przedmiotowi zamówienia, a jedyną niezgodnością, jaką wskazał było niewypełnienie kolumny nr 3 w załączniku nr 1 do SIWZ”.

Zauważył, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie wymagał podania średnicy zaczepu wspornika -taki wymóg został Wykonawcom narzucony jako obligatoryjny. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w tabeli załącznika nr 1 wymagał jedynie potwierdzenia, iż oferowane urządzenie faktycznie taką średnicę posiada.

Zwrócił uwagę, że parametr na który się powołuje - 6 mm - dotyczy długości zaczepu wspornika, nie zaś jego średnicy.

Podniósł, że oferowany przez Odwołującego implant zakotwiczony w kości czaszki z procesorem dźwięku model Ponto, producenta Oticon Medical AB ze Szwecji spełnia wszystkie postawione przez Zamawiającego wymagania określone w załączniku nr 1 do SIWZ, co sam Zamawiający potwierdził podczas rozprawy w dn. 15.06.2010 r.

Wskazał, że zaczep wspornika oferowany zarówno przez Odwołującego, jak i drugiego Wykonawcę -Medicus Sp. z o.o. ma kształt stożka co przesądza o tym, że nie ma jednej wartości którą można uznać za średnicę. Ta średnica waha się w przedziale od 4 do 7,4 mm w zależności od jej umiejscowienia w zaczepie. Dokładnie taka sama sytuacja dotyczy zaczepu wspornika oferowanego przez konkurenta, czego Zamawiający nie podważa i uznaje ofertę Medicus Sp. z o.o. za spełniającą wszystkie wymagania. Odwołujący argumentował, że wielkość 6 mm - ma odniesienie wyłącznie do długości zaczepu i nie można jej przyrównać do średnicy, są to bowiem dwie różne zupełnie wartości.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w kolejnych postępowaniach Zamawiający odstąpił od żądania „średnicy wspornika”, co potwierdza, że wymagany parametr ma marginalne znaczenie.

Według Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie mógł podnosić niezgodności treści oferty, bowiem charakterystykę oferowanego sprzętu Odwołujący zawarł w złożonym i prawidłowo wypełnionym kosztorysie ofertowym oraz w dokumentach dołączonych do oferty.

Ostatecznie Odwołujący uważał, że złożone przez niego w treści oferty oświadczenie o oferowaniu towarów określonych w SIWZ oraz potwierdzenie spełniania merytorycznych wymagań Zamawiającego w tabeli parametrów jakościowych i dołączonych dokumentach wskazuje na wypełnienie przez niego wszystkich wymogów i warunków określonych w SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 22.07.2010r. do udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego, odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwanie z dnia 23.07.2010r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 wraz z póź. zm.).

Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego zasługiwała na uwzględnienie z tego powodu, iż kwestionowany przez Zamawiającego parametr z załącznika nr 1, liczba porządkowa 1.3 dotyczący średnicy zaczepu, wspornika : 5,5 mm jako parametr/warunek graniczny został potwierdzony na stronie 1 oferty Odwołującego poprzez oświadczenie „tak”.

Natomiast Izba ustaliła, iż parametr wynoszący 6 mm znajdujący się na stronie 22 oferty Odwołującego dotyczy długości zaczepu wspornika, a nie jego średnicy, co potwierdziła informacja zawarta na stronie 4 oferty Odwołującego oraz przedłożony na rozprawie rysunek wspornika z podanymi wymiarami.

Nadto należy wskazać, iż w żądaniu wyjaśnień przez Zamawiającego ten nie podnosił konieczności wyjaśnienia ewentualnej sprzeczności pomiędzy podaną średnicą zaczepu na stronie 1 oferty, a podaną długością zaczepu na stronie 4, ani na stronie 22.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odpowiedź na pytanie Zamawiającego udzielona przez Odwołującego w trybie art. 87 ustawy Pzp była wystarczająca do uznania zgodności treści oferty z treścią SIWZ w omawianym zakresie.

Izba zatem stwierdziła, że naruszenie powołanych wyżej przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....