

Sygn. akt: KIO 2447/10

WYROK
z dnia 23 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 8 listopada 2010 r. wniesionego przez wykonawcę **Beryl Med. Ltd., 72 New Bond Street, Mayfair, London W1S 1RR**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, Górnośląskie Centrum Medyczne w Katowicach im. prof. Leszka Gieca, 40-635 Katowice, ul. Ziołowa 45/47**

przy udziale wykonawcy **Hand-Prod Sp. z o.o., ul. Leszczyńskiego 40a, 02-496 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru ofert oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, Górnośląskie Centrum Medyczne w Katowicach im. prof. Leszka Gieca, 40-635 Katowice, ul. Ziołowa 45/47** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Beryl Med. Ltd., 72 New Bond Street, Mayfair, London W1S 1RR**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, Górnośląskie Centrum Medyczne w Katowicach im. prof. Leszka Gieca, 40-635 Katowice, ul. Ziołowa 45/47** na rzecz wykonawcy **Beryl Med. Ltd., 72 New Bond Street, Mayfair, London W1S 1RR** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. L. Gieca, ul. Ziołowa 45/57, 40-635 Katowice-Ochojec wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę klipsów tytanowych. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

06.07.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 128-195567.

02.11.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Hand-Prod Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, ul. Leszczyńskiego 40a, 02-496 Warszawa;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Beryl Med. Ltd. 72 New Bond street, Mayfair, London W1S 1RR, Wielka Brytania, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji (w zał. nr 4a do specyfikacji zamawiający wymagał aby boks wykonany był ze stabilnego materiału, aby nie odkształcał się w trakcie zakładania klipsa do aplikatora, oferowane klipsy nie zakładają się dobrze z magazynku do klipsownicy) – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

08.11.2010 r. (poniedziałek) wykonawca Beryl Med. Ltd. wniósł do Prezesa KIO odwołanie:

- 1) na wadliwe i niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dokonanie wyboru ofert w przedmiotowej części, naruszające zasady równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję;
- 2) na bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty oraz bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego: Zamawiający w załączniku nr 4a do specyfikacji wskazał, że przedmiot zamówienia powinien w szczególności posiadać »boks wykonany ze stabilnego materiału, aby nie odkształcał się w trakcie zakładania klipsa do aplikatora«. Pomimo okoliczności, iż odwołujący złożył zgodnie ze specyfikacją oświadczenie o spełnieniu m.in. tego warunku zamawiający uznał, że zaoferowany przez odwołującego klipsy nie spełniają tego wymagania i odrzucił jego ofertę.

Zamawiający w specyfikacji poza złożenie oświadczenia w załączniku nr 4a nie przewidział żadnych badań, czy testów oferowanych klipsów.

Wobec mierzalnego parametru »odkształcenia boks przy pobieraniu klipsa« oraz wymagania, aby »zasobnik się nie odkształcał« zamawiający zarzucił, że oferowane przez odwołującego klipsy nie spełnią ustalonych wymogów specyfikacji, gdyż »nie zakładają się dobrze z magazynku do klipsownicy«. Zamawiający zaniechał sprecyzowania w kategoriach obiektywnych/mierzalnych użytego pojęcia »dobrze« wobec czego, trudno merytorycznie odnieść się do postawionego zarzutu.

Zamawiający nie postawił w specyfikacji warunku, aby »klipsy zakładały się dobrze do magazynku klipsownicy«.

W tej sytuacji, ponieważ na podstawie postanowień specyfikacji nie jest możliwe dokonanie obiektywnych testów potwierdzających lub zaprzeczających spełnianiu ww. warunku przez zaoferowane produkty, odwołujący wnioskuje o uznanie, że wszystkie zaoferowane przez uczestników postępowania produkty spełniają to wymaganie, gdyż wszyscy wykonawcy w oświadczeniach potwierdzili spełnienie wymaganych parametrów.

Podsumowując stwierdzić należy, iż oferta odwołującego odpowiada treści specyfikacji, a odrzucenie tej oferty jest rażącym naruszeniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w zakresie ustalonych w specyfikacji warunków technicznych oferowanego produktu.

08.11.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

08.11.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

09.11.2010 r. wykonawca Hand-Prod Sp. z o.o. złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

1) (dowód nr 1) 6 opinii na fakt, że wyrób medyczny odwołującego (klipsy) jest właściwy i łatwy w użyciu;

2) (dowód nr 2) pismo Katedry Chemii i Technologii Polimerów PW na dowód, że wyrób medyczny odwołującego odkształca się mniej niż wyrób zaproponowany przez przystępującego

oraz przez zamawiającego

3) (dowód nr 3) opinię sporządzoną przez 3 lekarzy, która była podstawą do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego przez zamawiającego

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Również skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a także dokumenty złożone przez zamawiającego na rozprawie przed Izbą, jako dowody w sprawie. Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez odwołującego, gdyż nie odnoszą się do przedmiotu postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty przystępującego – został uznany za zasadny.

Zamawiający w zał. nr 4a do specyfikacji żądał od każdego wykonawcy złożenia oświadczenia, że cyt. »oferowany przedmiot zamówienia spełnia następujące wymagania:

- klipsy pakowane w sterylnym boksie
- boks wykonany ze stabilnego materiału, aby nie odkształcał się w trakcie zakładania klipsa do aplikatora
- klips w aplikatorze ma się utrzymywać stabilnie (nie wypadać samoistnie) do czasu zamknięcia na naczyniu krwionośnym
- aplikatory czytelnie zróżnicowane rozmiarowo
- klips nie może miażdżyć lub gilotynować naczynia krwionośnego
- zamknięty klips na naczyniu musi dawać szczelność, nie może zsuwać się z naczynia«.

Ponadto zamawiający zażądał w pkt 3.1 akapit 3 specyfikacji, aby w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymaganie określone w zał. nr 4a do specyfikacji dostarczenia próbek oferowanych klipsów w liczbie 180 sztuk oraz 2 sztuk aplikatorów.

Natomiast zamawiający ocenił zaoferowany przedmiot zamówienia (zgodnie z dowodem nr 3 »Ocena jakościowa oferowanego przedmiotu zamówienia), że cyt. »Nie wszystkie klipsy dobrze zakładają się z magazynku do klipsownicy« i w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z 02.11.2010 r. wskazał na powód odrzucenia oferty cyt. » Zamawiający wymagał, aby boks wykonany był ze stabilnego materiału, aby nie odkształcał się w trakcie zakładania klipsa do aplikatora, oferowane klipsy nie zakładają się dobrze z magazynku do klipsownicy«.

Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert wprowadzać do specyfikacji nowych postanowień, a postanowienia o wymaganiu odnośnie zakładania klipsów do klipsownicy nie było w specyfikacji. W związku z powyższym zamawiający bezwzględnie nie mógł oceniać prawdziwości oświadczenia pod kątem nie postawionych w specyfikacji wymagań. Zamawiający nie odniósł się do stabilności materiału, z którego wykonany został magazynek, a wziął pod uwagę czynnik, o którym nie wspominał w specyfikacji – dobrego zakładania się klipsa do aplikatora.

Wobec powyższego zarzut odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego a w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty przystępującego skład orzekający Izby uznaje za zasadny.

Na marginesie należy stwierdzić, że bez względu na brak informacji w ogłoszeniu i specyfikacji dotyczącej zakresu i sposobu badania załączonych do oferty przykładowych wyrobów medycznych stanowiących przedmiot zamówienia, zamawiający ma prawo badać prawdziwość oświadczeń i innych dokumentów złożonych z ofertą o ile były one wymagane w specyfikacji. W rozpoznawanym przypadku zamawiający przekroczył zakresem badania

wymagania określone w specyfikacji, co nie może skutkować negatywnie dla wykonawcy, gdyż nie mógł być przygotowany na badanie zaoferowanego przedmiotu w takim zakresie.

Zamawiający prawidłowo postąpił w stosunku do oferty przystępującego – mimo stwierdzenia zespołu lekarzy zawartej w dowodzie nr 3, cyt. »małe klipsy źle się zginają w polu operacyjnym« i nie wziął tego zastrzeżenia pod uwagę podczas badania ofert oraz nie odrzucił tej oferty, gdyż w specyfikacji nie było postanowienia o wymogu odpowiedniego zginania się klipsów w polu operacyjnym. Jednak tak różne traktowanie uwag oceniającego zespołu w sposób bardzo jaskrawy ukazuje nierówne traktowanie wykonawców, co również wskazuje na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż bez podstawy w specyfikacji odrzucił ofertę odwołującego, art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż nie zachował zasady równego traktowania wykonawców. Natomiast zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż w rozpoznawanym stadium postępowania nie udzielił zamówienia.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Uregulowania te nie tylko uprawniają Izbę do zaliczenia do uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego koszty wynagrodzenia pełnomocników, ale także ogranicza ich wysokość do 3 600 zł, dlatego Izba nie mogła uwzględnić wniosku odwołujący o zaliczenie wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wskazanej w złożonym rachunku.

Przewodniczący:

.....