

Sygn. akt: KIO 1835/12

**WYROK**  
z dnia 10 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2012 roku przez wykonawcę **Smith & Nephew sp. z o.o., 02 – 674 Warszawa, ul. Marynarska 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki w Poznaniu, 60 – 479 Poznań, ul. Juraszów 7/19**

przy udziale wykonawcy **Comesa Polska Sp. z o.o., 03 – 699 Warszawa, ul. Wolińska 4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Smith & Nephew sp. z o.o., 02 – 674 Warszawa, ul. Marynarska 15, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;**

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 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Wojewódzki w Poznaniu, ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa endoprotez oraz misek i szpatulek dla Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia: 158045 – 2012 z datą zamieszczenia: 19.07.2012r.

Pismem z dnia 12 lipca 2012r. Odwołujący: Smith & Nephew Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie SIWZ, formułując wniosek w zakresie zamówienia częściowego nr 1, czy Zamawiający dopuszcza zaoferowanie endoprotezy stawu kolanowego o parametrach (opisie):

1. Część udowa anatomiczna lewa/prawa z wbudowaną 3 stopniową zewnętrzną rotacją, dostępna w 8 rozmiarach dla każdej ze stron w wersji CR oraz PS. Istnieje możliwość implantacji komponentu udowego wykonanego z hypoalergicznego stopu cyrkonu z niobem.
2. Taca piszczelowa tytanowa anatomiczna lewa/prawa dostępna w 8 rozmiarach dla każdej ze stron, gładko polerowana ze specjalnym mechanizmem zatraskowym.
3. Wkładka polietylenowa uniwersalna o grubościach: 9, 11, 13, 15 i 18 mm sterylizowana w EtO.
4. Wkładka polietylenowa do tylnej stabilizacji o grubościach: 9, 11, 13, 15, 18, 21, 25 mm sterylizowana w EtO.
5. Możliwość rozbudowy protezy o elementy rewizyjne.
6. Do wyrobu technika operacyjna: anterior lub posterior
7. Instrumentarium umożliwiające technikę małoinwazyjną
8. Bloczki do przycinania kości z prowadzeniem szczelinowym.

Pismem z dnia 26 lipca 2012r. Zamawiający udzielił Odwołującemu odpowiedzi: „Tak, Zamawiający również dopuszcza”.

Po złożeniu przez Odwołującego oferty Zamawiający pismem z dnia 17 sierpnia 2012r. wezwał go do złożenia wyjaśnień na podstawie art.87 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W swoim wezwaniu Zamawiający podał, że wymagał, aby endoprotezy posiadały: powierzchnię protezy pokrytą PMMA - substancją wspomagającą wiązanie cementu kostnego i śródoperacyjne zgięcie stawu kolanowego minimum 150 stopni.

Zdaniem Zamawiającego ze złożonej przez Odwołującego oferty nie wynikało jednoznacznie, iż zaoferowane endoprotezy są pokryte PMMA oraz, że posiadają zgięcie stawu kolanowego 150 stopni.

Wobec powyższych wątpliwości zażądał od Odwołującego wyjaśnienia ww. kwestii, a w przypadku posiadania ww. parametrów poprosił o przesłanie dokumentów jednoznacznie ich potwierdzających.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący pismem z dnia 21 sierpnia 2012r. poinformował, że treść złożonej oferty(oświadczenia woli) odpowiada treści SIWZ, gdyż zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania przedmiotowe zawarte w regulacjach SIWZ.

Jednocześnie zaznaczył, że krótka i lakoniczna odpowiedź Zamawiającego na wyjaśnienia nie budziła wątpliwości, że zaoferowane endoprotezy kolana o powyższych parametrach nie będzie wypełniać delegacji art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący również oświadczył, że nie może zgodzić się z treścią zawartą w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, z którego wynika, że Zamawiający wymagał zaoferowania endoprotezy kolana(dla pakietu nr 1), która będzie również posiadała powierzchnię protezy pokrytą PMMA - substancją wspomagającą wiązanie cementu kostnego i śródoperacyjne zgięcie stawu kolanowego minimum 150 stopni.

Ostatecznie stwierdził w powołanym wyżej piśmie, że żądanie złożenia wyjaśnień w zakresie zawartych w treści wezwania z dnia 17 sierpnia 2012r. uważał za nieuzasadnione oraz nieuprawnione a żądanie złożenia wraz z wyjaśnieniami dokumentów potwierdzających spełnienie powołanych powyższej wymagań nie potraktował, jako wezwanie, o którym mowa w art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu dla zamówienia częściowego nr 1 otrzymał on od Zamawiającego za pośrednictwem faksu w dniu 23 sierpnia 2012 r.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący w dniu 28 sierpnia 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając w szczególności:

1. niezgodny z prawem wybór oferty Comesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wolińska 4, jako najkorzystniejszej dla zamówienia częściowego nr 1;
2. niezgodne z prawem odrzucenie oferty Smith & Nephew na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp;
3. zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów stanowiących o wymaganiach zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
4. nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Comesa Polska Sp. z o.o. dla zamówienia częściowego nr 1;
- 3) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Spółki SMITH & NEPHEW dla zamówienia częściowego nr 1;
- 4) nakazanie dokonania ponownej czynności badania ofert w tym oferty Spółki SMITH & NEPHEW w zakresie treści złożonej oferty dla zamówienia częściowego nr 1 z uwzględnieniem dokumentów złożonych wraz z ofertą i wybór oferty Spółki SMITH & NEPHEW jako najkorzystniejszej w odniesieniu do kryteriów oceny ofert wskazanych w siwz;
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez Spółkę SMITH & NEPHEW przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, a dokonana czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp została dokonana, bez jakichkolwiek podstaw faktycznych, które znalazłyby oparcie w treści złożonej oferty oraz odpowiednio SIWZ.

Według Odwołującego Zamawiający udzielając wyjaśnień do SIWZ jednoznacznie dokonał zmian w tych regulacjach (wymaganiach przedmiotowych), traktując, jako tożsame pierwotne wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zawarte w Załączniku nr 2 do SIWZ) z tymi które były przedmiotem złożonego wniosku.

Zdaniem Odwołującego skutkiem powyższego wyjaśnienia niebudzącego wątpliwości w zakresie interpretacji dla Spółki SMITH & NEPHEW było złożenie oferty, której treść w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia odpowiadała powyższym wymaganiom.

Dodał również, że złożył zgodnie z regulacją Rozdziału 7 ust. 7.4 pkt. 1 SIWZ materiały (dokumenty), z których jednoznacznie wynikało zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami.

Zwrócił uwagę na fakt, iż w żadnym z pism jak i również wyjaśnień zawartych na stronie internetowej i przekazanych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (w tym również w wyjaśnieniach) nie została zawarta żadna regulacja, która włączałaby udzielone wyjaśnienia do pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia, a krótka i lakoniczna odpowiedź na wyjaśnienia nie budziła żadnych wątpliwości, że wymaganiem Zamawiającego nie jest konieczność zaoferowania endoprotezy kolana, która oprócz wymienionych we wniosku o wyjaśnienia parametrach technicznych ma charakteryzować się również: powierzchnią protezy pokrytą PMMA - substancją wspomagającą wiązanie cementu kostnego oraz śródoperacyjnym zgięciem stawu kolanowego minimum 150 stopni.

Nie zrozumiałą dla Odwołującego była sytuacja, iż pomimo złożenia przez niego odpowiednich i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty Zamawiający dokonał czynności odrzucenia jego oferty ze względu na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom tego dokumentu.

Odwołujący nie mógł zgodzić się z czynnością odrzucenia jego oferty, gdyż stan faktyczny i prawny – w jego ocenie - w żaden sposób nie uprawniał Zamawiającego do jej dokonania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacji, kiedy podstawą do jej odrzucenia jest interpretacja wyjaśnień przez Zamawiającego w kontekście SIWZ po upływie terminu składania ofert, a co najważniejsze interpretacja wymagań SIWZ nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, gdyż regulacje te nie mogą budzić żadnych wątpliwości dla zarówno dla wykonawców jak i Zamawiającego.

Dalej wywodził, że negatywne konsekwencje dla Odwołującego w postaci odrzucenia oferty muszą być oparte na jednoznacznych regulacjach SIWZ, a możliwość interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w różnoraki sposób nie może skutkować negatywnie w sytuacji, gdy przychylił się on do innej interpretacji aniżeli ta, która odpowiadała intencjom Zamawiającego.

Twierdził, że aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista.

Dodał, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

W dniu 30 sierpnia 2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: Comesa Polska Sp. z o.o.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pytania Odwołującego z dnia 20.07.2012r. do SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego z dnia 26.07.2012r., oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 17.08.2012r., odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie z dnia 21.08.2012r., powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23.08.2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7.09.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i ust.2, art.26 ust.3, art.87 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 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Odwołujący złożył ofertę, której treść pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

Zdaniem Izby złożone do oferty oświadczenie Odwołującego dokonane w następstwie wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty potwierdziło, iż treść złożonej przez Odwołującego oferty pozostawała w kolizji z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż zgłoszone przez Odwołującego zarzuty odnoszące się do czynności Zamawiającego dokonanych w trybie przepisu art.87 ust.1

ustawy Pzp i towarzyszące im wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostały zgłoszone z opóźnieniem.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej w powyższym zakresie Odwołujący otrzymał faksem w dniu 17 sierpnia 2012r. i od tej daty rozpoczął swój bieg termin do zaskarżenia czynności Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Stosownie do przepisu art.182 ust.3 pkt. 2 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Już z samej odpowiedzi Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2012r. na powyższe wezwanie wynika, że uznał on czynność Zamawiającego za nieuzasadnioną.

Jednak odwołanie wniósł dopiero w dniu 28 sierpnia 2012r., to jest z uchybieniem terminu ustawowego do wniesienia odwołania w stosunku do powyższej czynności wezwania przez Zamawiającego.

Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby pozostało, zatem zagadnienie legalności czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Niezależnie jednak od powyższego stanowiska, przyjmującego przekroczenie terminu do zgłoszenia zarzutu przeciwko wezwaniu Zamawiającego, Izba uznała, że zasadnie wezwał on Odwołującego do złożenia wyjaśnień, bowiem miał on uzasadnione wątpliwości, co spełniania przez ofertę Odwołującego wymogów SIWZ, ponieważ Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie samowolnie zmienił treść pkt. 1 tabeli nr 1 do zamówienia częściowego endoprotezy stawu kolanowego stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji formularz cenowy.

Zgodnie z powyższym formularzem ofertowym, stanowiącym część SIWZ, Zamawiający żądał przedmiotu zamówienia posiadającego powierzchnię protezy pokrytą PMMA - substancją wspomagającą wiązanie cementu kostnego oraz śródoperacyjne zgięcie stawu kolanowego minimum 150 stopni, a Odwołujący złożył ofertę nie zawierającą powyższych informacji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego w aktach sprawy brak jest jakiegokolwiek śladu dokonania przez Zamawiającego czynności modyfikacji SIWZ w spornym zakresie.

Jedyna zmiana w SIWZ została dokonana w załączniku nr 2 do Specyfikacji formularz cenowy, o czym wykonawcy zostali powiadomieni pismem z dnia 27.07.2012r.

Zmiana ta jednak nie dotyczyła przedmiotu zamówienia(parametrów) objętego sporem, lecz polegała ona na dopisaniu pkt.5 w uwagach do tego formularza, który to punkt dotyczył osobnej wyceny każdego elementu zestawu, który został tam opisany.

Należy podkreślić, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź z dnia 26.07.2012r., dopuszczająca również propozycje ofertowe Odwołującego, w żaden sposób nie wpływała na dotychczasowe wymaganie Zamawiającego odnoszące się do obowiązku posiadania przez przedmiot zamówienia powierzchni protezy pokrytej PMMA - substancją wspomagającą wiązanie cementu kostnego oraz śródoperacyjnego zgięcia stawu kolanowego minimum 150 stopni.

Jednocześnie treść oświadczenia Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2012r. była jednoznaczna i wynikało z niej, że oferowany przedmiot zamówienia oczekiwanej przez Zamawiającego funkcjonalności nie posiada.

Zatem skoro treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ, to zasadnym było skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, uprzednio jednak upewniwszy się przez niego, co do istnienia okoliczności braku zaoferowania przez Odwołującego spornych parametrów.

W takim wypadku i wobec jednoznaczności oświadczenia Odwołującego, nie było potrzeby uruchomienia procedury, o której mowa w art.26 ust.3 ustawy Pzp

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:**

.....