

Sygn. akt KIO 2621/13

WYROK
z dnia 19 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r. przez: Beryl Med Ltd. w Londynie (Anglia) w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie

przy udziale wykonawcy "Aesculap Chifa" Sp. z o.o. w Nowym Tomyślu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności odrzucenia oferty Beryl Med Ltd. w Londynie (Anglia) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 2 i 3 z uwzględnieniem oferty Beryl Med Ltd. w Londynie (Anglia);

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie i nakazuje:

1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Beryl Med Ltd. w Londynie (Anglia) tytułem wpisu od odwołania,

2) dokonać wpłaty kwoty 11 134 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto trzydzieści cztery złote zero groszy) przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa

Spraw Wewnętrznych z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie na rzecz Beryl Med Ltd. w Londynie (Anglia) w Londynie stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. Nr 907 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie - prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę ładunków do staplera wielorazowego użytku oraz staplerów jednorazowego użytku dla SP ZOZ MSW z W-MCO w Olsztynie

Ogłoszenie oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 10 października 2013r., pod numerem: 413146. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

4 listopada 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania. W części 2 i 2 zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Aesculap Chifa Sp. z o.o. w Nowym Tomysłu i odrzucił ofertę Beryl Med Ltd. w Londynie (Anglia) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że Beryl Med Ltd. wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, przesłał wymagany dokument wyłącznie za pośrednictwem faksu, zatem w formie innej, niż wymagana przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”. Niezachowanie właściwej formy uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dodatkowo, w odniesieniu do części 2, zamawiający wskazał, że dokument uzupełniony przez Beryl Med Ltd. nie zawiera informacji o faktycznych wymiarach oferowanej zszywki – zgodnie z wymaganiami zamawiającego – lecz jedynie zapewnienie producenta o zgodności oferowanej zszywki z SIWZ.

Beryl Med Ltd. wniósł odwołanie 8 listopada 2013 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie niezachowania zasady uczciwej konkurencji i oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;
2. art. 9 ust. 1 Pzp przez niewłaściwą interpretację przez zamawiającego zasady pisemności i uznanie, iż z zasady określonej w art. 9 ust. 1 Pzp wynika obowiązek zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, gdy w rzeczywistości chodzi wyłącznie o formę pisemną dla celów dowodowych;
3. art. 61 ust. 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp przez niezastosowanie przez zamawiającego przepisu o chwili złożenia oświadczenia i w konsekwencji i uznanie, iż odwołujący uchybił terminowi do uzupełnienia dokumentów, podczas gdy w rzeczywistości zamawiający otrzymał i zapoznał się z oświadczeniem odwołującego;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie skutkiem czego było odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ wobec braku ku temu przesłanek, gdyż nie miała miejsca niezgodność oferty z treścią specyfikacji. Wskazywane przez zamawiającego - forma uzupełnienia faksem dokumentów oraz uznanie, iż dokumenty uzupełnione zostały nieprawidłowo, tj. niezgodnie z SIWZ, stanowią o naruszeniu formy, a nie treści, specyfikacji i nie stanowią wypełnienia przesłanki zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietów 2 i 3 i jej przywrócenie do postępowania;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietów 2 i 3;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów odwołania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w wezwaniu dopuścił możliwość uzupełniania dokumentów za pośrednictwem faksu oraz, że brak złożenia w określonym terminie dokumentów w wymaganej formie stanowi jedynie o formalnej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wywodził, że forma dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego została zastrzeżona wyłącznie dla celów dowodowych, nie zaś pod rygorem nieważności.

Odwołujący powołał dowody z dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz w toku postępowania oraz z ekspertyzy potwierdzającej zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego.

Wykonawca Aesculap Chifa Sp. z o.o. w Nowym Tomyślu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem przesłanek wymaganych przez art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia był podzielony na części (Pakiety), opisane szczegółowo w załączniku nr 2 do SIWZ. W części 2 pkt 1 zamawiający opisał jednorazowy szpaler skórny m.in. przez podanie wymiarów zszywek: grzbiet: 6,8-7,2 mm, nóżka: 3,6 – 4,0 mm, grubość zszywki \varnothing 0,55-0,60 mm.

W części 3 pkt 1 zamawiający opisał klipsy naczyniowe tytanowe średnie w rozmiarze 4,9 i 6,2 mm, w pkt 2 klipsy naczyniowe tytanowe średnio duże w rozmiarze 7,9 i 8,1 mm.

Pkt 10.1 SIWZ stanowi, że dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego jest „dokument opisowy zawierający informacje o parametrach technicznych wymaganych przez zamawiającego (np. karta katalogowa, ulotka informacyjna) dotyczącego wyrobów oferowanych w Pakiecie nr 1, 2 i 3.

Zgodnie z pkt 11.1 SIWZ w postępowaniu wszelkie wnioski, oświadczenia, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują faksem lub pisemnie (dowód: SIWZ – kopia w aktach sprawy).

Pismem z 22 października 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty o dokument opisowy zawierający informację o parametrach technicznych wymaganych przez zamawiającego (np. karta katalogowa, ulotka informacyjna) dotyczącego wyrobów oferowanych w Pakiecie nr 2 i 3", w terminie do dnia 28.10.2013 r. Zamawiający prosił o przesłanie dokumentów pocztą (ewentualnie również faksem na podany numer) i wskazał na pkt 11.1 SIWZ. Zamawiający uzasadnił wezwanie w ten sposób, że załączony dokument odnoszący się do produktu oferowanego w zakresie pakietu nr 2 nie zawiera informacji o grubości oferowanej zszywki (wymóg: 0,55-060 mm) oraz wymiarów zszywki (wymóg: grzbiet: 6,8 - 7,2 mm, nóżka: 3,6 - 4,0 mm) oferowanych w poz. 1. W zakresie pakietu nr 3 załączony dokument nie zawiera informacji o rozmiarach klipsów oferowanych w poz. 1, wymóg: rozmiar: 4,9 x 6,2 mm, i poz. 2 - wymóg rozmiar: 7,9 x 8,1 mm (dowód: pismo z 22 października 2013 r. – kopia w aktach sprawy).

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie 28.10.2013 r. - w terminie zakreślonym przez zamawiającego - przesłał za pośrednictwem faksu oświadczenie wytwórcy wyrobów medycznych zaoferowanych w postępowaniu, w którym zostały wskazane i wyraźnie potwierdzone parametry oferowanych produktów (dowód: pismo 28.10.2013 r. oświadczenie producenta – kopie w aktach sprawy).

Odwołujący 28.10.2013 r. wysłał żądane dokumenty pocztą, wpłynęły one do zamawiającego 31.10.2013 r.

Cena oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. w części 2 wynosiła 35.575,20 zł w części 3 - 12.544,20 zł.

Cena oferty odwołującego wynosiła odpowiednio 21.956,60 zł i 4.150,44 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, w części 2 i 3 złożył oferty z ceną niższą od uznanej za najkorzystniejszą oferty przystępującego. Ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne nie są sporne. Ocenie podlega, czy odwołujący prawidłowo wykonał czynność uzupełnienia dokumentów oraz czy uzupełnianie dokumenty potwierdzają, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

Odnosząc się do pierwszej kwestii trzeba zaznaczyć, że przedmiot sporu stanowiło przede wszystkim to, czy uzupełnienie dokumentów wyłącznie za pośrednictwem faksu jest prawnie skuteczne w zakresie zachowania formy dokumentu.

W tej kwestii wskazać należy, że pisemność jest jedną z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia wyrażoną w art. 9 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 82 ust. 2 Pzp wykonawca składa ofertę w formie pisemnej pod rygorem nieważności, natomiast oświadczenia lub dokumenty składane wraz z ofertą, mogą być składane albo w formie pisemnej, albo w formie kopii poświadczonych za zgodność przez wykonawcę, o czym stanowi § 7 ust. 1 rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów. Przepisy dotyczące formy oświadczeń lub dokumentów mają charakter bezwzględnie obowiązujący i znajdują zastosowanie również w odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów składanych w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie przywołanego przepisu do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego jest więc złożenie w wyznaczonym czasie dokumentu prawidłowego, nie tylko pod względem treści, ale również co do formy. Jeśli wykonawca uważa, że nie jest to możliwe, winien zwrócić się do zamawiającego o przedłużenie terminu wyznaczonego w wezwaniu. Wykonawcy służy również prawo wniesienia odwołania wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Zdaniem Izby, na gruncie obowiązujących przepisów należy uznać, że forma oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (wymagań podmiotowych) oraz wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia (wymagań przedmiotowych) została zastrzeżona przez ustawodawcę dla wywołania skutków prawnych przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych (*ad eventum*) – odpowiednio: wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Złożenie dokumentu przedmiotowego wadliwego co do formy może stać się w indywidualnych przypadkach przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Izby podstawą do odrzucenia oferty w takiej sytuacji może stanowić również art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba uznała jednak, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem prawa, mając na względzie treść wezwania z 22.10.2013 r. skierowanego przez zamawiającego.

Analiza treści wezwania doprowadziła Izbę do przekonania, że jeśli zamawiający oczekiwał, że wymagane dokumenty zostaną dostarczone w formie wymaganej § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w terminie wskazanym w wezwaniu, to nie wyraził tego jednoznacznie, a sposób sformułowania wezwania mógł wywołać błąd odwołującego.

Wadliwość czynności zamawiającego polegała na ograniczeniu odwołującego, co do formy, w jakiej uzupełniony dokument powinien być złożony. Zamawiający żądał dokumentu wyłącznie w formie pisemnej z pominięciem kopii potwierdzonej za zgodność przez wykonawcę dopuszczonej przez § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Błąd popełniony przez zamawiającego polegał jednak przede wszystkim na braku wyraźnego wskazania, że dokument w wymaganej formie zamawiający powinien otrzymać do upływu wyznaczonego terminu. Zdaniem Izby skutkiem odesłania do w pkt 11.1 SIWZ treści wezwania zamawiającego mogła zostać zinterpretowana w ten sposób, że dla zachowania terminu wystarczające jest przesłanie dokumentu faksem, o ile jednocześnie odwołujący wyśle dokument w formie pisemnej.

W orzecznictwie kształtuje się pogląd, zgodnie z którym wykonawca nie może być obciążany skutkami niejednoznacznego wezwania zamawiającego. W ocenie Izby pogląd ten winien znaleźć zastosowanie, nie tylko co do treści oświadczeń lub dokumentów składanych zamawiającemu przez wykonawców wezwanych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ale również w odniesieniu do zachowania terminu na złożenie dokumentów w związku z wymaganiami stawianymi formie, w jakich dokumenty te mają zostać złożone.

W okolicznościach sprawy odwołujący mógł oczekiwać, że prawidłowo wykonał wezwanie zamawiającego. Skoro wymagany dokument został przesłany zamawiającemu wyznaczonym terminie tj. 28.10.2013 r. za pośrednictwem faksu i tego samego dnia wysłany pocztą, to wpłynięcie dokumentu w żądanej formie pisemnej 31.10.2013 r. nie uprawnia zamawiającego – w okolicznościach sporu - do odrzucenia oferty odwołującego.

Izba uznała, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdyż oświadczenie producenta potwierdza spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego.

Oświadczenie producenta niewątpliwie stanowi dokument opisowy w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów. Opisuje bowiem oferowane produkty przez wskazanie parametrów grubości oferowanej zszywki, wymiarów zszywki i rozmiarów klipsów, których wymagał zamawiający i potwierdza ich spełnianie. Wymagane parametry zostały wymienione w treści oświadczenia, a deklaracja ich spełniania jest precyzyjna i jednoznaczna. Oświadczenie producenta nie może być rozbieżnie interpretowane. Izba uznała je za wiarygodne, potwierdzające zgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Zamawiający nie naruszył natomiast art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie tego przepisu ma miejsce w sytuacji, gdy zamawiający inaczej traktuje wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji, czyli wyciąga z takich samych lub bardzo zbliżonych stanów faktycznych inne skutki prawne. W okolicznościach sporu nie miało to miejsca, a przynajmniej nie zostało to wskazane przez odwołującego, na którym w tej mierze spoczywał ciężar dowodu.

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. Izba uwzględniła wyłącznie koszty wynagrodzenia jednego pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł na podstawie złożonej faktury. Zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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) jest to maksymalna wysokość wynagrodzenia, jaka może zostać zasądzona w związku z reprezentacją stroną w postępowaniu odwoławczym przez pełnomocnika.

Izba uwzględniła koszty opłaty skarbowej od obu pełnomocnictw. Nie uwzględniła jednak kosztów ekspertyzy. Zgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ została stwierdzona na podstawie dokumentu złożonego zamawiającemu, zatem obciążanie zamawiającego kosztem przeprowadzenia dowodu, który nie był niezbędny do oceny zarzutu, Izba uznała za nieuzasadnione na podstawie § 3 pkt 2 *in initio* rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Przewodniczący: