

Sygn. akt: KIO 2771/15

WYROK

z dnia 14 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Polimed Sp. z o.o., ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polimed Sp. z o.o., ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polimed Sp. z o.o., ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Polimed Sp. z o.o., ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa** na rzecz wykonawcy "**Comesa Polska**" Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych nr DZ/3321/204/15.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 sierpnia 2015 r. pod numerem 2015/S 162- 296251. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21 grudnia 2015 r. Polimed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie czynności polegającej na żądaniu od Comesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie przedstawienia wyjasnień dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty złożonej przez Comesa Polska, której treść nie odpowiadała treści SIWZ,
2. art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie czynności polegającej na zwróceniu się do Comesa Polska o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty złożonej przez Comesa Polska, zawierającej rażąco niską cenę,
3. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Podnosił, że pismem z dnia 27 października 2015 r., Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę na niezgodność oferty Comesa Polska z postanowieniami SIWZ oraz na prawdopodobieństwo zaoferowania rażąco niskiej ceny.

W piśmie przesłanym do Odwołującego faksem w dniu 11 grudnia 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Comesa Polska jako najkorzystniejszej, bez uprzedniego

odniesienia się do wniosków Odwołującego.

I. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie czynności polegającej na żądaniu od Comesa Polska wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji nieodrzczenie oferty Comesa Polska, której treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że po otwarciu ofert przez Zamawiającego dokonał dogłębnego przeglądu oferty przedstawionej przez Comesa Polska. Przeprowadzona analiza wykazała bardzo istotne rozbieżności pomiędzy przedstawioną przez Comesa Polska ofertą, a wymogami określonymi w SIWZ:

1. Comesa Polska zaoferowała implanty do zamykania ASD (w wymaganych rozmiarach od 6 mm do 40 mm) produkcji Lepu Medical MemoPart ASD, które są kompatybilne z koszulkami przez przegrodowymi w zakresie 8 F -14 F.

SIWZ tymczasem dopuszcza jedynie przedział 7F-12F.

Dowód: oferta Comesa Polska i załącznik 2b do SIWZ (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz wydruk katalogu Lepu Medical zamieszczonego na stronie internetowej producenta <http://en.lepumedical.com/product-information/structural-heart-disease/asd-occluder.htm> wraz z tłumaczeniem.

2. Comesa Polska zaoferowała implanty do zamykania PFO (w wymaganych rozmiarach od 18 do 30 mm) produkcji Lepu Medical MemoPart PFO, które są kompatybilne z koszulkami przez przegrodowymi 10F - 12F.

SIWZ tymczasem dopuszcza jedynie przedział 7F - 12F.

Dowód: oferta Comesa Polska i załącznik 2b do SIWZ (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz wydruk katalogu Lepu Medical zamieszczonego na stronie internetowej producenta <http://en.lepumedical.com/product-information/structural-heart-disease/pfo-occluder.htm> wraz z tłumaczeniem.

3. Comesa Polska zaoferowała implanty do zamykania PDA (w wymaganych rozmiarach od 5 do 16 mm) produkcji Lepu Medical MemoPart PDA, które są kompatybilne z koszulkami przez przegrodowymi w zakresie 6F - 10F.

SIWZ tymczasem dopuszcza jedynie przedział 7F - 9F.

Dowód: oferta Comesa Polska i załącznik 2b do SIWZ (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz wydruk katalogu Lepu Medical zamieszczonego na stronie internetowej producenta <http://en.lepumedical.com/product-information/structural-heart-disease/pda-occluder.htm> wraz z tłumaczeniem.

4. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że ww. zaoferowane przez Comesa Polska implanty

MemoPart producenta Lepu Medical są na stałe przymocowane do systemu wprowadzającego, bez możliwości swobodnej rotacji dysku.

SIWZ tymczasem jednoznacznie wymaga dostawy implantów o swobodnej rotacji dysku.

Dowód: oferta Comesa Polska oraz załącznik 2b do SIWZ (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

5. Należy również wskazać, że wszystkie implanty MemoPart producenta Lepu Medical oferowane przez Comesa Polska wymagają użycia koszulek przez przegrodowych o dużo większej średnicy, niż średnica przewidziana w SIWZ.

Użycie koszulek o dużej średnicy jest traumatyczne dla naczyń pacjenta. Zwracamy uwagę, że zaimplantowanie oraz ponowne załadowanie implantu MemoPart do koszulki nie jest możliwe przy założeniu, że zostaną użyte rozmiary koszulek, których zakres przewidziany był w SIWZ.

6. Dodatkowo należy zauważyć, że SIWZ jednoznacznie wymagał również wskazania producenta oferowanych produktów. Comesa Polska jako producenta koszulek przez przegrodowych wskazał „Hammermed”. Należy jednak zauważyć, że podmiot ten nie jest producentem sprzętu medycznego, a jedynie jego dystrybutorem, nieprowadzącym produkcji jakichkolwiek towarów na terenie Polski. Z powyższego wynika jednoznacznie, że wskazane przez Comesa Polska koszulki przez przegrodowe produkcji „Hammermed” nie istnieją.

Z tego też względu oferta Comesa Polska winna zostać odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ. W obecnej sytuacji, Zamawiający do chwili realizacji zamówienia nie będzie miał zatem wiedzy na temat rzeczywistych parametrów koszulek oferowanych przez Comesa Polska. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie, w szczególności poprzez wezwanie Comesa Polska do przedstawienia katalogów, specyfikacji sprzętu, bądź też innych dokumentów, które potwierdzałyby parametry oferowanych przez Comesa Polska produktów. Jest to tym bardziej istotne, że od parametrów zamawianych produktów zależne jest zdrowie i życie leczonych pacjentów. Niezrozumiałe jest zatem podejście Zamawiającego, który nie zażądał od Comesa Polska wyjaśnień oraz dowodów w tym zakresie, pomimo wezwań Odwołującego.

Dowód: Wydruk opisu działalności „Hammermed” dostępnego na stronie internetowej: <http://hammer.pl/o-hammermed/#page-about> oraz pismo Odwołującego 27 października 2015 r.

Odwołujący zwracał uwagę Zamawiającego na niezgodność oferty Comesa Polska

z wymogami przewidzianymi w SIWZ, a także na błąd formalny w zakresie wskazania producenta. Zamawiający nie odniósł się jednak w żaden sposób do stanowiska przedstawionego przez Odwołującego i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem istotnych faktów wskazanych powyżej.

Dowód: Pismo Odwołującego skierowane do Zamawiającego z dnia 27 października 2015 r. oraz Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłane do Odwołującego faksem w dniu 11 grudnia 2015 r.

Przede wszystkim należy wskazać, że Zamawiający zaniechał z niewiadomych dla Odwołującego względów czynności polegającej na żądaniu od Comesa Polska wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, czym naruszył art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, pomimo jednoznacznego wezwania Odwołującego w tym zakresie.

Jak wskazuje doktryna, na Zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. **Przepis art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień Zamawiającego, a więc prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty.**

Podobnie wskazuje również powszechnie akceptowane orzecznictwo: „Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) **Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki**”.

Artykuł 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych należy odczytywać zatem jako prawo Zamawiającego do żądania wyjaśnień, powiązane z obowiązkiem ich zażądania, w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. **Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy.**

Skoro Odwołujący przedstawił uzasadnione wątpliwości w zakresie złożonej przez Comesa Polska oferty, obowiązkiem Zamawiającego było ich rzetelne wyjaśnienie przed ostatecznym wyborem najkorzystniejszej oferty. Niestety, jak Odwołujący już wcześniej wskazał, jego wezwanie pozostało bez reakcji ze strony Zamawiającego.

Odwołujący nie posiada zatem żadnej wiedzy, która świadczyłaby o jakichkolwiek działaniach Zamawiającego mającego na celu wyjaśnienie wątpliwych kwestii, o których mowa w treści niniejszego odwołania. Jedyne z ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet gdyby Zamawiający zwrócił się w omawianym postępowaniu do Comesa Polska

o udzielenie wyjaśnień, to z uwagi na konieczność zapewnienia rzetelnego i konkurencyjnego postępowania, Zamawiający powinien był poinformować uczestników postępowania o treści otrzymanych wyjaśnień.

II. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie czynności polegającej się na zwróceniu do Comesa Polska o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty Comesa Polska zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wywodził, że co prawda oferta Comesa Polska nie była o 30% niższa od ceny arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, to opiewała na kwotę bardzo zbliżoną do tego poziomu. Istniały zatem zdaniem Odwołującego wyraźne podstawy do podjęcia przez Zamawiającego czynności mających na celu wyjaśnienie wątpliwości w zakresie cenoforowanej przez Comesa Polska. Pomimo skierowania wezwania przez Odwołującego do zamawiającego, w którym wskazał na tryziko uznania oferty przedstawionej przez Comesa Polska za rażąco niską, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tych zarzutów i nie wezwał Comesa Polska do wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie.

III. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, wszystkie opisane w niniejszym odwołaniu okoliczności, tj.:

1. zaniechanie czynności polegającej na żądaniu od Comesa Polska wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
2. nieodrzuconie oferty Comesa Polska, której treść nie odpowiadała treści SIWZ,
3. zaniechanie czynności polegającej na zwróceniu się do Comesa Polska o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie, ,
4. nieodrzuconie oferty Comesa Polska zawierającej rażąco niską cenę,

doprowadziły do niezgodnego z prawem dokonania czynności, wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Przede wszystkim należy wskazać, że Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę, która nie spełniała Wymogów technicznych określonych w SIWZ. Okoliczność ta sama w sobie stanowi bezwzględną podstawę do odrzucenia takiej oferty. Zamawiający zaniedbał jednak podejmowania jakichkolwiek czynności, które prowadziłyby do wyjaśnienia wątpliwości powstałych w tym zakresie, które to były zgłaszane przez Odwołującego. Po drugie, Zamawiający dokonał wyboru oferty, której wartość była wyraźnie niższa od pozostałych ofert i jako taka, z uwagi na wymóg rzetelności postępowania, winna podlegać ocenie pod kątem jej rażąco niskiej wysokości. Ponownie

z niewiadomych dla Odwołującego względów, Zamawiający zaniechał jednak podjęcia się oceny w tym zakresie i w żaden sposób nie odniósł się do niezwłocznie złożonego przez Odwołującego wniosku.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- I. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Comesa Polska jako najkorzystniejszej,
- II. odrzucenia oferty Comesa Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (niezgodność oferty z SIWZ),
- III. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- IV. w przypadku oddalenia żądania II lub III - nakazanie przeprowadzenia ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty po uzyskaniu wyjaśnień w zakresie zgodności oferty Comesa Polska z SIWZ oraz w zakresie wysokości oferowanej ceny.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Comesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości. Przystępujący wniósł sprzeciw.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Wbrew zarzutom podniesionym w odwołaniu, Izba stwierdziła, że Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień – zarówno w zakresie wyjaśnienia treści oferty (w dniu 12 listopada 2015 r.), jak i w zakresie ceny (w dniu 2 listopada 2015 r.). Przystępujący złożył wyjaśnienia (odpowiednio w dniu 6 listopada i 13 listopada 2015 r.).

Odwołujący nie podnosił zarzutów wobec treści wezwań i złożonych wyjaśnień, ponieważ się z nimi nie zapoznał.

W odpowiedzi na pytanie składu orzekającego zadane na rozprawie, czy Odwołujący wie, że pismem z 2 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Odwołujący wyjaśnił, że nie wiedział o tym piśmie, ponieważ Zamawiający go o nim nie poinformował.

Odwołujący wyjaśniał, że zapoznawał się z dokumentacją postępowania w dniu 26 października 2015r. i nie wiedział przed złożeniem odwołania o piśmie z dnia 12 listopada 2015 r. skierowanym do Przystępującego – wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Nie znając treści złożonych wyjaśnień, ocenia je jako nierzetelne, co potwierdza w jego ocenie również uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego, który przez tą czynność de facto uznał, że nie dopełnił wymaganych procedur.

Skoro istotą zarzutów podniesionych w odwołaniu było twierdzenie o zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty i w zakresie ceny, a Zamawiający dokonał tych czynności – to Izba stwierdziła, że odwołanie jest bezprzedmiotowe. Odwołujący w odwołaniu podkreślał, że Zamawiający zaniechał dopełnienia obowiązków proceduralnych „mających na celu rzetelność postępowania”, a dopiero konsekwencją złożenia wyjaśnień powinno być odrzucenie oferty. Odwołujący też nie może skutecznie podnosić, że Zamawiający nie ocenił rzetelnie złożonych wyjaśnień – skoro nieznanemu Odwołującemu były ani treści wezwań, ani treści złożonych wyjaśnień.

Ponadto, odnośnie zarzutów dotyczących treści oferty, nie można uznać, że Odwołujący udowodnił podnoszone przez siebie zastrzeżenia co do ewentualnej zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący nie przywoływał konkretnych stron w SIWZ i w ofercie Przystępującego, a jedynie powoływał się na katalogi zamieszczone na stronach internetowych; odnośnie zastrzeżenia co do swobodnej rotacji dysku w odwołaniu nie przywołał żadnych dowodów. Tymczasem w ofercie Przystępujący nie dookreślił modeli oferowanych urządzeń – Zamawiający tego nie wymagał – podał tylko nazwę producenta

(okoliczność, że oprócz nazwy producenta podał również nazwę dystrybutora oferowanego sprzętu, nie ma żadnego wpływu na ocenę oferty). W takich okolicznościach trudno znaleźć podstawy do uznania, że oferta Przystępującego miałyby być niezgodna z SIWZ.

Odnoście zarzutu rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie podnosił żadnych argumentów merytorycznych, jedynie dokonał porównania cen złożonych w postępowaniu i zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie ceny. Wobec faktu, że Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień tym zakresie, zarzutu nie można było uwzględnić.

Izba nie mogła oceniać złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, ponieważ nie były one objęte zarzutami odwołania. Postępowanie odwoławcze jest sformalizowane, Izba bada odwołanie jedynie w zakresie podniesionych w nim zarzutów. Zarzut składa się z podstawy prawnej (wskazania naruszonego przepisu Prawa zamówień publicznych) i faktycznej (przywołania okoliczności uzasadniających wskazywane naruszenie). Zasadniczo Odwołujący wskazywał, że do wadliwego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego doszło wskutek zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień – zarzut ten nie mógł się potwierdzić, ponieważ Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, a ani treść wezwań, ani udzielonych wyjaśnień nie była przedmiotem odwołania.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie mogła stwierdzić, że doszło do naruszeń wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....