

**WYROK**

**z dnia 30 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2013 r. przez **Covidien Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Aesculap Chifa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Tomyślu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Uniwersyteckiemu Centrum Klinicznemu w Gdańsku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu 6, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Covidien Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Covidien Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku** na rzecz **Covidien Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, 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 **Gdańsku**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę nici chirurgicznych, wchłanianych, niewchłanianych i podwiązek.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 października 2013 roku Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego zakresie pakietu Nr 6, polegających na polegających na odrzuceniu i nie dopuszczeniu do końcowej oceny ofert oferty odwołującej oraz wyborze oferty firmy Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu, w zakresie pakietu nr 6 - (nici chirurgiczne jałowe, resorbowalne, plecione, powlekane, syntetyczne, kwas glikolowy, czas wchłaniania 60-90 dni) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pomimo braku przesłanek uprawniających zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującej i zaistnieniu przesłanek obligujących zamawiającego do wyboru oferty odwołującej jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu.

Odwołująca zarzuciła zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującej mimo braku przesłanek uprawniających zamawiającego do odrzucenia przedmiotowej oferty, a następnie wybór oferty firmy Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu, w zakresie pakietu nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w sytuacji, gdy bezsprzecznie najkorzystniejszą ofertą była ta prawidłowo złożona przez odwołującą - bezpodstawnie odrzucona przez zamawiającego;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującej w zakresie pakietu nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mimo braku przesłanek uprawniających zamawiającego do odrzucenia przedmiotowej oferty;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującej dotyczącej pakietu nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako najkorzystniejszej

w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;

podnosząc jednocześnie, iż powyższe działania i zaniechania Zamawiającego stoją w rażącej sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz naruszają podstawowe zasady w nim wyrażone, a w szczególności zasadę legalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołująca wniosła o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) uznanie za nieważne czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty firmy Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu, w zakresie pakietu nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego;
- 3) nakazanie zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu dotyczących pakietu nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 4) nakazanie zamawiającemu, aby ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert dopuszczonych do postępowania i nieodrzuconych w zakresie pakietu nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 5) nakazanie zamawiającemu wybór oferty odwołującej dotyczącej pakietu nr 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z załączoną do niniejszego odwołania kopią faktury VAT nr 09/10/2013/069 z dnia 17 października 2013 r.

W uzasadnieniu odwołująca podniosła, że zamawiający w piśmie z dnia 10 października 2013 r. poinformował odwołującą o zakończeniu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę nici chirurgicznych, wchłaniających, niewchłaniających i podwiązek (Numer sprawy: 124/PN/2013).

W zakresie pakietu nr 6 - (nici chirurgiczne jałowe, resorbowalne, plecione, powlekane, syntetyczne, kwas glikolowy, czas wchłaniania 60-90 dni) najkorzystniejsza okazała się w ocenie zamawiającego oferta firmy Aesculap Chifa Sp. z o.o. Oferta odwołującej została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadnił, że „wymagał, zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pakiecie 6 igieł niewzmocnionych. Z dołączonych próbek dotyczących pakietu 6 dla pozycji 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 17, 18, 21 wynika, że igły są wzmacnione, co jest niezgodne z wymogami specyfikacji. W związku z powyższym produkt nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu w pakiecie 6”.

Odwołująca podkreśliła, że w odniesieniu do wyżej wymienionych pozycji w formularzu asortymentowo - cenowym Zamawiający określił w sposób jednoznaczny przedmiot zamówienia podając parametr przekroju igły jako: „igła okrągła”. Żadne postanowienie zawarte zarówno w SIWZ, jak i w formularzu asortymentowo - cenowym, nie wskazuje jakoby przedmiotowy parametr dotyczył igieł niewzmocnionych.

Zauważyć trzeba, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wyznaczając dla nici chirurgicznych następujące kryteria:

Opis nitki: Grubość, Długość (cm)

Opis igły: Krzywizna, Przekrój, Długość (mm)

Wyznaczając przekrój igły jako okrągła.

W ocenie odwołującej z powyższego bezsprzecznie wynika, że brak jest jakiegokolwiek określenia jakoby igła wymagana przez zamawiającego miałyby być niewzmocniona, wzmacniona, czy też gruba albo cienka. Zamawiający opisał tylko i wyłącznie przekrój igły jako „okrągła”. Odwołująca podniosła, że wobec nie wyodrębnienia dokładnego rodzaju igły w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający nie mógł na etapie badania ofert dodać sobie w sposób arbitralny dodatkowego kryterium, którego wcześniej nie było, a które następnie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty odwołującej.

Odwołująca zaznaczyła, że zaoferowane przez nią igły są igłami okrągłymi, czego *de facto* zamawiający nie kwestionował. Podniosła, że zaoferowała igły wzmacnione. Wzmocnienie igły polega na doborze przez producenta różnych stopów metali w celu uzyskania lepszych właściwości penetracyjnych tejże igły. Oznacza to, że zaoferowane przez odwołującą igły spełniają podstawowy wymóg igły okrągłej. Cecha jej wzmacnienia jest tylko jej ulepszeniem polegającym na zmianie stopów metali, o czym w SIWZ nie było mowy.

Każdy z producentów na święcie ma swoje określone metody doboru metali w zależności od tego czy igła ma być mocna czy też bardziej plastyczna. Są to cechy, których Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ.

Ponadto odwołująca zwróciła uwagę, że określenie igły jako okrągła dotyczy jej przekroju poprzecznego oraz końca igły. Chodzi tu o tzw. punkt igły (czubek) oraz kształt na jej całej długości odpowiadającemu danemu typowi igły.

Przedmiot zamówienia został opisany w pakiecie 6 w poz. 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11,12, 17, 18, 19, 27 jako igła okrągła. Ten warunek z całą stanowczością został spełniony w ofercie odwołującej. Odwołująca oferując igły okrągłe ze wzmocnieniem nie naruszyła zapisów SIWZ, gdyż spełniła jedyne podstawowe kryterium igły okrągłej. Zamawiający nie doprecyzował jakich igieł okrągłych wymaga.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że OPZ był zgodny z artykułem 29 i następnymi ustawy Pzp oraz że gdyby oczekiwał igły okrągłej wzmocnionej, to tak by ją opisał. Tam gdzie wymagał innych rodzajów igieł dokładnie to precyzował.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z załącznikiem Nr 4 do SIWZ – Pakiet 6 – zamawiający wymagał igły okrągłej tępej o wskazanej krzywiźnie i długości.

Zgodnie z pkt 4 „Wymagań” igły nie mogą się tępić przy wielokrotnym przechodzeniu przez tkanki oraz nie mogą ulegać znacznemu odkształceniu.

Odwołująca w zakresie pakietu 6 zaoferowała igły okrągłe, wzmocnione.

Pismem z dnia 10 października 2013 roku zamawiający poinformował odwołującą o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadnił decyzję o odrzuceniu oferty odwołującej tym, iż igły są wzmocnione, co jest niezgodne z wymogami specyfikacji. W związku z powyższym produkt nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferta podlega odrzuceniu w pakiecie 6.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołująca jest uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ze stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy wynika, iż zamawiający ustanowił wymóg w zakresie przekroju igły jako igła „okrągła”. W żadnym miejscu specyfikacji nie postawił warunku, iż zaofertowane igły nie mogą być igłami wzmocnionymi.

W ocenie Izby odwołująca w sposób nie budzący wątpliwości wykazała, iż igła okrągła wzmocniona nie jest odrębną kategorią igły chirurgicznej. Wskazała, że w jej ofercie znajdują się igły okrągłe typu CV cienkie jelitowe, okrągłe typu GS do chirurgii ogólnej, okrągłe typu HGS wzmocnione pogrubione, okrągłe typu HR, okrągłe wzmocnione typu HRX. Wszystkie te igły są igłami okrągłymi i każda byłaby zgodna z wymogami SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

Dodatkowo przekonanie odwołującej co do zasadności zaofertowania igły wzmocnionej mógł powodować wymóg wskazany w pkt 4 załącznika nr 4 – Pakiet 6, iż zaofertowane igły nie mogą ulegać znacznemu odkształceniu. Oczywistym jest bowiem, iż igła wzmocniona jest znacznie mniej narażona na odkształcenia niż igła niewzmocniona.

Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wprowadzenie dodatkowego wymogu, by zaoferowane igły nie były wzmocnione, stanowiłoby nieuprawnioną zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonaną już po terminie składania ofert. Z tego też względu odrzucenie oferty odwołującej, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należało uznać za bezpodstawne.



Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....