

Sygn. akt: KIO 1007/17

WYROK

z dnia 12 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 maja 2017 r. przez **wykonawcę LivaNova Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zadania numer I i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę LivaNova Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 567 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy LivaNova Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonych wpisów oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę sprzętu perfuzyjnego*”. Zamówienie zostało podzielone na 11 części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 lutego 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 039-070495.

Wykonawca LivaNova Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 22 maja 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości, unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: - MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 maja 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 24 maja 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Pismem z dnia 1 czerwca 2017 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

W dniu 2 czerwca 2017 r. wykonawca MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów niniejszego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę sprzętu perfuzyjnego”. Zamówienie zostało podzielone na 11 części. Część numer 1 – Dreny do krążenia pozaustrojowego.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/18/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Załącznik nr 4 do SIWZ – Specyfikacja sprzętu do krążenia pozaustrojowego – zadanie nr 1:

- Linia do pomiaru ciśnienia: LLF linia 1/8 – 1/16 x 90 cm (lub cieńsza, do ciśnienia), LLM, kranik, LLF linia 1/8-1/16 x 5 cm, „bańka” izolująca krew, linia 1/8-11/16x8 cm zakończone LLM.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 4 do SIWZ/

- Pkt 6 Wykaz Oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia oraz dokumenty lub oświadczenia potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:

- Ppkt 6.3. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego

6. W odniesieniu do zadania nr 1,2,3,6 Schematy zestawów – w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 7/18/

W niniejszym postępowaniu - w zakresie zadania nr 1 - zostały złożone oferty m. in. przez wykonawcę MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę LivaNova Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. We wszystkich trzech schematach (dla wszystkich 3 pozycji zadania nr 1), Zamawiający wymagał dla linii pomiaru ciśnienia końcówek Luer Lock Female (LLF), natomiast zaoferowany przez Przystępującego zestaw, posiadał końcówkę Luer Lock Male (LLM). W tym samym zestawie drenów, na jego drugim końcu Zamawiający wymagał końcówki LLM, natomiast oferowany przez Przystępującego zestaw posiadał końcówkę LLF. Powyższe potwierdzał złożony schemat zestawu oferowanych drenów.

/dokumentacja postępowania: Oferta wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie/

W dniu 11 maja 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 maja 2017 r. /

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca LivaNova Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 22 maja 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy LivaNova Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 22 maja 2017 r. /.

Pismem z dnia 1 czerwca 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 1 czerwca 2017 r. /.

W dniu 2 czerwca 2017 r. wykonawca MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

/dokumentacja postępowania: Pismo wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 2 czerwca 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Stanowisko stron przeciwnych przedstawiało się w następujący sposób. W ocenie Odwołującego Zamawiający w zakresie zadania nr 1 wymagał zaoferowania drenów do krążenia pozaustrojowego, według szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia określonego w Załączniku nr 4 do SIWZ. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wymagał w zakresie zadania nr 1 zaoferowania zestawów drenów o określonych parametrach technicznych – do czego Przystępujący składając swoją ofertę w zadaniu nr 1 nie zastosował się. W ocenie Przystępującego zaś zaoferowane przez niego zestawy drenów składały się z różnych elementów, które można było dowolnie konfigurować, dodawać do nich lub odejmować pewne elementy, wydłużać lub skracać linie, zmieniać połączenia.

Zarzut Odwołującego - w przedmiocie niezgodności treści oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - jest zasadny. W ocenie Izby oferta wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał swoje wymagania w zakresie wymogu dotyczącego linii pomiaru ciśnienia oraz jednoznacznie wskazał na swoje wymagania co do obowiązku złożenia wraz z ofertą schematów zestawów drenów do krążenia pozaustrojowego. Wymagane przez Zamawiającego schematy

zestawów miały potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego oraz miały odzwierciedlać opis linii pomiaru ciśnienia wymagany przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 do SIWZ. Zamawiający nie dopuścił równoważności rozwiązań w zakresie linii pomiaru ciśnienia – tak jak w przypadku wymagań dotyczących grubości drenów, gdzie wprost w Załączniku nr 4 (w tabeli) wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne - czego wyraźnie nie uczynił w przypadku wymagań dotyczących linii pomiaru ciśnienia. Nie ulega wątpliwości, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ (Załącznik nr 4 do SIWZ) w zakresie wymagań Zamawiającego co do oferowanych końcówek Luer Lock Male(LLM), gdzie w zaoferowanym zestawie drenów, na jego drugim końcu – gdzie Zamawiający wymagał końcówki LLM – wykonawca zaoferował końcówkę LLF. Nawet gdyby dokonać zamiany (konfiguracji) - części LLF linia 1/8 – 1/16 x 90 cm (lub cieńsza, do ciśnienia), LLM z częścią LLF linia 1/8-1/16 x 5 cm, „bańka” izolująca krew, linia 1/8-11/16x8 cm zakończone LLM – tak jak wskazuje Przystępujący – to i tak oferta Przystępującego będzie niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagań co do długości linii 1/8-1/16 x 5 cm oraz linii 1/8-11/16x8 cm. Nie można – w ocenie Izby – przy ocenie oferty uwzględniać wyłącznie funkcjonalności oferowanego zestawu tak jak wnosi Przystępujący – z jednoczesnym pominięciem wymagań Zamawiającego. Niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wiąże wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz Zamawiającego, który takie wymagania formułuje w SIWZ. Dopuszczenie rozwiązania Przystępującego – w ocenie Izby - byłoby wykroczeniem poza granice zakreślone specyfikacją, nawet jeżeli rozwiązanie przyjęte przez Przystępującego jest stosowane w praktyce. Wobec jasno brzmiących postanowień SIWZ – w zakresie linii pomiaru ciśnienia – dopuszczenie oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w zaistniałym stanie faktycznym - byłoby złamaniem zasady równości i uczciwej konkurencji. Izba oceniając zgodność oferty wykonawców z treścią SIWZ, nawet z założeniem, że Ustawodawca oszedł od daleko idącego formalizmu postępowania – nie może pomijać jasno brzmiących postanowień SIWZ, które nie dopuszczały jakichkolwiek odstępstw co do linii pomiaru ciśnienia, a samo założenie, że zaoferowany zestaw będzie w praktyce funkcjonalny nie może być usprawiedliwieniem dla owej niezgodności, nawet jeżeli pod względem funkcjonalnym przyjęte rozwiązanie jest dopuszczalne i stosowane w praktyce. W ocenie Izby opis Zamawiającego – w spornym zakresie – nie pozostawał żadnych odstępstw, Zamawiający nie dopuścił rozwiązań równoważnych, zatem przyjęcie oferty Przystępującego na tym etapie byłoby niezgodne z SIWZ, z wyznaczonym opisem przez Zamawiającego niepozostawiającym żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Sama funkcjonalność i użyteczność w praktyce przyjętego rozwiązania nie wystarcza do uznania oferty za

najkorzystniejszą, koniecznym jest jeszcze, aby opisane parametry odpowiadały wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ.

W konsekwencji, wobec potwierdzenia się zarzutów wniesionego odwołania Izba nakazała Zamawiającemu - w zakresie zadania numer I - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy MD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ.

Wobec powyższego, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega uwzględnieniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 oraz 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba wobec wniesionego sprzeciwu - na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia - zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 18.567 zł.

Przewodniczący:

.....