

Sygn. akt: KIO 1552/10

**WYROK**  
**z dnia 6 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Renata Tubisz**

**Protokolant:               Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Medtronic Poland Sp. z o.o., 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34**

przy udziale „**Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**” **Spółka komandytowa 90-033 Łódź, ul. Kopcińskiego 73/ 75** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Medtronic Poland Sp. z o.o., 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34** na rzecz **Medtronic Poland Sp. z o.o., 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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:**

.....

## Sygn.akt KIO 1552/10

### Uzasadnienie

Ogłoszenie opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym WE 2010/S 67-100874 w dniu 07.04.2010 roku.

Przedmiotem postępowania jest dostawa stent-graftów z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej w ilości 30 sztuk; nr zamówienia ZP/p/12/10.

Odwołującym jest Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101; 04-041 Warszawa.

Zamawiającym jest Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Poznaniu im. prof. Ludwika Bierkowskiego ul. Dojazd 34; 60-631 Poznań.

Odwołanie wniesiono w dniu 23 lipca 2010r. pismem z dnia 22 lipca 2010 r., na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych ( j.t. Dz. U. 2010 Nr113, poz759) zwanej dalej „ustawą Pzp”, na następujące czynności Zamawiającego:

1.niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że oferta ta była ofertą kompletną, poprawną i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

2.niegodny z prawem wybór oferty Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Kopcińskiego 73/75, 90-033 Łódź zwana dalej: „Wykonawcą wybranym”,

ewentualnie na:

3.nie wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowana przez Odwołującego dostawa balonów lateksowych wchodzących w skład sprzętu dodatkowego spełnia wymagania określone przez Zamawiającego i w konsekwencji niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający powyżej opisanymi czynnościami oraz zaniechaniami naruszył: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że w przypadku zawarcia umowy o zamówienie publiczne z Wykonawcą wybranym Zamawiający naruszy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą.

Wskazał również, że w wyniku niezgodnego z prawem działania Zamawiającego, polegającego na odrzuceniu oferty Odwołujący został pozbawiony szans uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy wybranego jako oferty najkorzystniejszej i nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy z Wykonawcą wybranym przed upływem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wnosi o unieważnienie umowy.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

A.W zakresie poprawności oferty Odwołującego.

W dniu 13.07.2010 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. z uwagi na niezaoferowanie przez Odwołującego balonu lateksowego do modelowania wprowadzonych elementów stent - graftu.

Badanie i ocena ofert dokonana przez Zamawiającego w postępowaniu, zakończona informacją wysłaną do wykonawców w dniu 13.07.2010 r. została przeprowadzona w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. Sygn. akt: KIO 1069/10.

Wyżej wymieniony Wyrok wydano na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego z powodu odrzucenia przez Zamawiającego, w dniu 25.05.2010 r., jego oferty jako niezgodnej

z siwz w oparciu o to, że załączony do oferty Formularz Cenowy (załącznik nr 2 do siwz) nie zawierał wszystkich numerów katalogowych zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z Rodziałem III pkt 1 oraz 2 siwz, przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu była dostawa stent - graftów z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej w ilości 30 sztuk. W odniesieniu do tego sprzętu - sprzętu podstawowego - Zamawiający na podstawie Rozdziału X. 3 pkt 2 i 3 siwz wymagał przedłożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających, że oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego. Konieczność dostarczenia balonu lateksowego, którego rzekomy brak zaoferowania przez Odwołującego jest podstawą odrzucenia oferty Odwołującego po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert zakończonego w dniu 13.07.2010 r. wynika jedynie z charakterystyki sprzętu dodatkowego, który de facto nie stanowi przedmiotu zamówienia, ani też parametry tego sprzętu nie musiały być potwierdzone przez wykonawców odpowiednimi dokumentami.

Odwołujący podtrzymał stanowisko zgodnie z którym z zaoferowanego przedmiotu zamówienia nie wyłączył przewodników i balonu ani też w żaden inny sposób nie ograniczył oferty w tym zakresie. (...) Odwołujący się składając oświadczenie na załączniku nr 2 w sposób niebudzący wątpliwości oświadczył, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia obejmuje również 2 przewodniki i balon lateksowy. Odmienna interpretacja złożonego oświadczenia woli, byłaby nieuprawniona i pozostawałaby w jawnej sprzeczności z treścią złożonego oświadczenia.

W ocenie Odwołującego zaoferował on Zamawiającemu sprzęt, jakiego Zamawiający wymagał od wykonawców tj. 30 szt. stent - graftów z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej razem ze sprzętem dodatkowym, w skład którego wchodzi m.in. balon lateksowy do modelowania stent-graftu. Stanowisko Odwołującego potwierdza również fakt, że w czasie trwania postępowania, tj. zarówno po wydaniu wyroku przez KIO, jak również w trakcie pierwotnej oceny i badania ofert Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowana przez Odwołującego dostawa w zakresie sprzętu dodatkowego spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, Zamawiający po zapoznaniu się z treścią oferty Odwołującego w czasie badania ofert przeprowadzonego przed wydaniem wyroku KIO, tj. w dniu 20 maja 2010 r. wezwał Odwołującego jedynie do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowany przez Odwołującego sprzęt posiada zgodnie z Formularzem Cenowym wymagany sprzęt dodatkowy, tj. 2 przewodniki o dużej sztywności umożliwiające wprowadzenie zestawu oraz balon lateksowy do modelowania wprowadzonych elementów stent-graftów. Odwołujący udzielił wyczerpujących

wyjaśnień potwierdzając, że zaoferowany sprzęt posiada wymagane dodatkowe parametry zgodnie z wymaganiami siwz oraz, że złożona oferta obejmowała stent-grafy wraz z dodatkowym sprzętem, zaś podana cena uwzględnia wszystkie elementy czyli stent-grafy i sprzęt dodatkowy (prowadniki i balon). Dodatkowo na potwierdzenie swoich twierdzeń Odwołujący, mimo że nie był do tego zobligowany, dołączył do wyjaśnień certyfikaty i katalogi informacyjne dotyczące sprzętu dodatkowego (balony i prowadniki) zawierające m.in. wszystkie numery katalogów dla sprzętu dodatkowego. Przedstawione dokumenty nie były jednak uzupełnieniem oferty, czemu Odwołujący również stanowczo zaprzeczył w czasie trwania rozprawy zakończonej Wyrokiem KIO - vide: protokół rozprawy załączony do odwołania. Pomimo złożonych wyjaśnień Zamawiający w dniu 25.05.2010 r. odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią siwz na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Od decyzji tej Odwołujący, jak zostało to już wskazane powyżej, złożył odwołanie, a wyrok KIO, pomimo, że na rozprawie Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie zaferował dokładnie takiego sprzętu, jaki życzył sobie Zamawiający, gdyż zamiast balonu lateksowego zaferował balon z innego tworzywa, tj. z poliuretanu, jednoznacznie potwierdził, że oferta Odwołującego była poprawna i została złożona zarówno na podstawowy i dodatkowy sprzęt wymagany przez Zamawiającego.

W takiej sytuacji, zdziwienie budzi to, że dokonując ponownego badania i oceny ofert zamawiający ponownie powziął wątpliwości co do treści oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego stwierdzić należy, że odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią siwz sprowadza się w istocie do kwestionowania prawomocnego wyroku KIO.

#### B. Uzupełnienie dokumentów.

Odwołujący podtrzymuje, że jego oferta była i jest ofertą poprawną, złożoną ze wszystkimi wymaganymi dokumentami i dotyczy zarówno sprzęt podstawowego (przedmiot zamówienia), jak i sprzętu dodatkowego.

W związku z tym w ocenie Odwołującego oferta jego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a Zamawiający nie jest uprawniony do żądania od Odwołującego dokumentów na potwierdzenie, że sprzęt dodatkowy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, gdyż wymogu złożenia takich dokumentów nie zawiera siwz.

Jednak, aczkolwiek wyłącznie z ostrożności, Odwołujący podnosi że gdyby nawet przyjąć, że Zamawiający zgodnie z treścią siwz ma prawo żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających, że oferowany przez nich sprzęt dodatkowy spełnia warunki Zamawiającego (co byłoby niezgodne z treścią wyroku KIO) i gdyby Zamawiający uznał, że

Odwołujący nie złożył takich dokumentów albo złożył takie dokumenty zawierające błędy, to Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów przedmiotowych.

Wątpliwość, na podstawie której Zamawiający odrzucił w dniu 13.07.2010 r. ofertę Odwołującego z powodu niezaoferowania balonu lateksowego, mogła powstać jedynie z powodu omyłkowego dołączenia do wyjaśnień Odwołującego z dnia 13.05.2010 r. materiałów dla cewnika balonowego modelu Reliant, który nie jest wykonany z materiału lateksowego.

W takiej jednak sytuacji, obowiązkiem Zamawiający powinno być nie odrzucenie oferty Odwołującego, lecz wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Dokumenty potwierdzające, że oferowany przez Odwołującego sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należą do grupy dokumentów przedmiotowych, które podlegają uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo odstąpić od obowiązku wezwania wykonawców biorących udziału w postępowaniu, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy, tylko w przypadku, gdyby mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Żadna z przesłanek, na mocy których Zamawiający mógłby odstąpić od wezwania Odwołującego do uzupełnienia jego oferty, a w szczególności odrzucenie oferty Odwołującego, nie zachodzi w niniejszym stanie faktycznym.

Ponieważ Odwołujący może zaoferować zamawiającym balony lateksowe, już na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący załącza odpowiednie, potwierdzające ten fakt materiały katalogowe i certyfikaty.

Reasumując stanowisko Odwołującego sprowadza się do następujących twierdzeń :

- a) Zamawiający nie ma prawa odrzucić oferty wykonawcy opierając się na załączonych do oferty dokumentach niewymaganych, które nie mają waloru prawnego;
- b) nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających parametry sprzętu dodatkowego, Zamawiający nie ma prawa odrzucić oferty przed wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów przedmiotowych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Pismem z dnia 26 lipca 2010r. Wykonawca wybrany przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazując na posiadany interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania, Wykonawca wybrany straciłby możliwość realizacji umowy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich żądań ze względu na ich bezzasadność wskazując, że wnoszenie środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu ma na celu tylko i wyłącznie przedłużenie procesu udzielenia zamówienia.

Oferta Odwołującego została w sposób prawidłowy i z wypełnieniem przesłanki art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp odrzucona przy zachowaniu maksimum obiektywizmu jak równego traktowania podmiotów.

Przystępujący odnosząc się do zarzutów odwołania przywołał Załącznik nr 2 do siwz zgodnie z którym każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien zaoferować Stent-graft z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej plus sprzęt dodatkowy.

W zakresie sprzętu dodatkowego, niezbędnego do zaimplantowania stent-graftu wymagany był balon lateksowy do modelowania wprowadzonych elementów stent-graftu.

Wymaganie to, było bezwzględnym, minimalnym i stanowiącym treść oferty.

Jedynym i najważniejszym wymaganym parametrem odnoszącym się do balonu służącego do modelowania wprowadzonych elementów stent-graftu był lateks z którego miał być wykonany tenże balon.

W ocenie Przystępującego, Odwołujący wraz z ofertą nie złożył żadnych dokumentów odnoszących się do parametru zaoferowanego balonu pomimo, że Rozdział X ust. 3 pkt. 2 i 3 s.i.w.z jednoznacznie wymagał złożenia wraz z ofertą dokumentów stwierdzających dopuszczenie przedmiotu zamówienia do obrotu i używania w określony sposób w ustawie o wyrobach medycznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 93, poz. 896 z późn. zmianami) oraz materiałów informacyjnych zawierających pełne dane, potwierdzających spełnianie wymogów określonych w załączniku nr 2.

W wyniku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą za zasadne wniesione odwołanie odnoszące się do treści złożonej oferty przez Odwołującego, Zamawiający wykonując Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KI01069/10 (dalej „wyrok



KIO") oparł się na przywołanych powyżej wyjaśnieniach, które złożyła Odwołująca Spółka pomimo, że Zamawiający nie wzywał Spółki Medtronic do ich złożenia a pomimo wszystko według powołanego wyroku KIO stanowiły one materiał mający na celu wykazanie, że zaofertowane elementy przedmiotu zamówienia odpowiadają w swojej treści wymaganiom Zamawiającego.

Z treści tych dokumentów wynika jednoznacznie, że zaofertowany balon do modelowania o nazwie handlowej Reliant jest wykonany z poliuretanu a nie jak wymagał Zamawiający z lateksu. Powyższe wypełnia art. 89 ust. 1 pkt. 2 powołanej Ustawy pzp do odrzucenia ofert.

Przystępujący wskazał, że w treści uzasadnienia wyroku KIO znajduje się potwierdzenie poprawnej czynności Zamawiającego, gdyż „...Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego się w wyniku wezwania zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści siwz.”.

W myśl powyższego działanie Zamawiającego było jak najbardziej poprawne, gdyż z treści tych dokumentów jednoznacznie wynikało, że zaofertowany balon do modelowania o nazwie handlowej Reliant był wykonany z poliuretanu, gdzie wymaganie siwz stanowiło o balonie wykonanym z lateksu.

Dalej Przystępujący wywodzi, że skoro Zamawiający dysponował materiałami dowodowymi, które jednoznacznie potwierdzały niezgodność treści oferty z treścią siwz to tym samym odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp było jak najbardziej prawidłowe i konieczne.

Trudnym byłoby zgodzić z Odwołującym, że materiały te zostały złożone omyłkowo, gdyż podczas rozprawy Odwołująca niejednokrotnie podnosiła, że są one potwierdzeniem zgodności treści zaofertowanych elementów przedmiotu zamówienia z wymaganiami siwz.

Warto zwrócić uwagę również na fakt, że dokumenty złożone wraz z wyjaśnieniami odnoszą się do wyrobu Reliant natomiast wraz z odwołaniem zostały złożone materiały informacyjne, Deklaracja Zgodności, Certyfikat CE oraz Zgłoszenie do Rejestru WMiPB dla zupełnie innego wyrobu jakim jest okluzyjny cewnik balonowy o nazwie handlowej Equalizer, który jest cewnikiem balonowym wykonanym z lateksu.

Czynność określona w art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, nie była przez Zamawiającego zrealizowana, ze względu na brak podstaw faktycznych do jej zastosowania a stanowiących o uzupełnieniu dokumentów w zakresie zaoferowanych elementów przedmiotu zamówienia, gdzie dla zaoferowanego przedmiotu zamówienia powołana Spółka złożyła wraz z wyjaśnieniami dokumenty w postaci Zgłoszenia do Rejestru Wyrobów Medycznych i Podmiotów Odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i użycia, Certyfikatu CE oraz Deklaracji Zgodności, i z dokumentów tych jednoznacznie wynikało, że oferta Spółki Medtronic wypełnia przesłankę do jej odrzucenia w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy pzp.

Powyższe wywody Przystępującego, w jego ocenie dają podstawę do popierania stanowiska Zamawiającego co do odrzucenia oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W ocenie Izby, Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, z uwagi na to, że w postępowaniu, w którym złożył ofertę obowiązuje jedyne kryterium oceny ofert to jest kryterium ceny.

Natomiast Odwołujący spośród dwóch złożonych w postępowaniu ofert złożył ofertę z najniższą ceną.

W związku z powyższym Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia czym wyczerpuje przesłanki uprawniające do złożenia odwołania, a określone w art.179 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego na podstawie dołączonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz złożonych pism w tym odwołania i przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest dostawa stent- grafów z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej w ilości 30 sztuk wraz z sprzętem dodatkowym, co znajduje potwierdzenie w Cz.III pkt 1 i pkt 2

siwz pn. Opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przywołanymi regulacjami siwz "Przedmiotem zamówienia jest dostawa stent- grafów z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej w ilości 30 szt. (pkt 1). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający informację o asortymencie został określony w formularzu cenowym – załącznik nr 2, stanowiącym integralną część siwz (pkt 2)."

Z kolei załącznik nr 2 do siwz ( formularz cenowy) zawiera tabelę, w której kolumnie pn. nazwa towaru, znajduje się zapis: "Stent-graf z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej+sprzęt dodatkowy." Pod tabelą znajduje się opis cech dostarczanego sprzętu pn. Charakterystyka, która zawiera między innymi zapis: "balon lateksowy do modelowania wprowadzonych elementu stent-graftu." Załącznik nr 2 do siwz zawiera również potwierdzenie zgodności dostaw z wymogami w tym załączniku określonymi o treści: "Oświadczam, że zaoferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z powyższymi wymogami."

Wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Cz. X siwz pn. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W pkt: 3 ppkt 1),2) i 3) Cz.X siwz znajduje się zapis:"że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:1)Wypełniony formularz oferty i cenowy- załącznik nr 1 i nr 2, 2)Dokument stwierdzający dopuszczenie przedmiotu zamówienia do obrotu i używania określony w ustawie o wyrobach medycznych w brzmieniu nadanym w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004r. ( Dz.U. Nr 93, poz.896 z późn. zmianami). 3) Materiały informacyjne zawierające pełne dane, potwierdzające spełnienie wymogów określonych w załączniku nr 2, na zaoferowany przedmiot zamówienia."

Z załącznika nr 2 do oferty złożonej przez Odwołującego według wzoru zał. Nr 2 do siwz wynika, że Odwołujący złożył ofertę podpisując w dniu 12 maja 2010r. tenże formularz, który zawierał zapis ustalony przez Zamawiającego o treści między innymi z której wynika, że dostawa stent -grafu z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej obejmuje sprzęt dodatkowy to jest 2 przewodniki o dużej sztywności umożliwiające wprowadzenie zestawu, balon lateksowy do modelowania wprowadzanych elementu stent-graftu.

Z powyższego wynika, że oferta Odwołującego w zakresie zał. nr 2 stanowi lustrzane odbicie wzoru zał. nr 2 do siwz, poza wypełnionymi przez Odwołującego, kolumnami tabeli w zakresie cen i nr katalogu.

W wyniku złożonych dwóch ofert Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty Odwołującego, o czym zawiadomił pismem z dnia 18 maja 2010r.

Z pisma tego wynika, że Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę za cenę brutto 875 752,20 zł uzyskując 100 pkt.

Drugą pozycję w rankingu ofert zajął Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ( spółka „Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi)

W dniu 19 maja 2010r. Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył pismo, w którym zawiadamia Zamawiającego, że z treści zał. nr 2 do oferty Odwołującego wynika, że Odwołujący nie oferuje sprzętu dodatkowego, a to wynika z faktu , że w tym załączniku Rubryka „Numer katalogowy” wpisał katalog na str. 85, a z której to strony jednoznacznie wynika, że zaoferowany przedmiot zamówienia odnosi się do sprzętu podstawowego t.j. stent-grafu, a nie odnosi się do sprzętu dodatkowego.

Dodatkowo jeszcze zaznaczył, że Odwołujący wbrew zapisom Rozdziału X ust.3 pkt 2 i 3 SIWZ nie załączył w zakresie sprzętu dodatkowego dokumentów stwierdzających dopuszczenie przedmiotu zamówienia do obrotu i używania oraz materiałów informacyjnych zawierających pełne dane, potwierdzających spełnienie wymogów określonych w załączniku nr 2 do SIWZ.

Po otrzymaniu niniejszego pisma Zamawiający w dniu 20 maja 2010r, uchylił czynność wyboru oferty jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. W piśmie skierowanym do oferentów stwierdził, że powodem uchylenia wyboru jest powzięcie informacji, że wybrana oferta nie zawiera wszystkich wymaganych dokumentów i elementów przedmiotu zamówienia.

W tym samym dniu to jest w dniu 20 maja 2010r. Zamawiający skierował pismo do Odwołującego, w którym na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp prosi o wyjaśnienie czy zaoferowany system posiada wymagany sprzęt\_dodatkowy ( przewodniki i balon). Dalej Zamawiający w piśmie stwierdza, że z formularza cenowego to jest z jego części odnoszącej się do numeru katalogowego oraz załączonych materiałów informacyjnych, jak również dokumentów potwierdzających dopuszczenie przedmiotu zamówienia nie wynika, że Odwołujący oferuje sprzęt dodatkowy.

W dniu 21 maja 2010r. Odwołujący w piśmie przewodnim skierowanym do Zamawiającego wyjaśnia, że zaoferowany przez niego system posiada wymagany dodatkowy sprzęt zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie elementy SIWZ.

Na potwierdzenie złożonego wyjaśnienia Odwołujący dołączył dokumenty dopuszczające dodatkowy sprzęt do obrotu i używania oraz materiały informacyjne.

W dniu 25 maja 2010r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą tym razem uznał ofertę Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego to jest spółkę „Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi za kwotę 1 004 730,00 zł., która otrzymała 100 punktów.

Oferta Odwołującego jako niezgodna z SIWZ została odrzucona na mocy przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp., ponieważ zawiera braki, których nie można uzupełnić. Tymi brakami, których nie można uzupełnić w ocenie Zamawiającego jest brak wskazania numerów katalogowych przewodników i balonu lateksowego.

Od powyższego wyboru pismem z dnia 2 czerwca 2010r. Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wskazując na naruszenie art.7 ust.1, art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 26 ust.3 i 4 ustawy wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności uchylecia wyboru oferty Odwołującego oraz unieważnienia wyboru oferty „Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 24 czerwca 2010r. w sprawie Sygn.akt KIO 1096/10 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W wykonaniu powyższego Wyroku w dniu 13 lipca 2010r. Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny złożonych ofert.

W wyniku tych czynności jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę spółkę „Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi to jest ofertę Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Natomiast oferta Odwołującego została ponownie odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający wymagał zaoferowania balonu lateksowego do modelowania wprowadzanych elementów stent –grafu, a z załączonych dokumentów wynika, że zaoferowany balon jest wykonany z poliuretanu.

W dniu 27 lipca 2010 r Odwołujący wniósł odwołanie, w którym wskazał na naruszenie między innymi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art.26 ust.3 ustawy Pzp.

W toku niniejszego postępowania odwoławczego bezspornie pomiędzy stronami ustalono, że dodatkowy sprzęt (balon i prowadniki) jest niezbędny dla zastosowania sprzętu podstawowego to jest stent-grafu, a dostawa zgodnie z treścią siwz obejmuje zarówno sprzęt podstawowy (stent-graf) jak i sprzęt dodatkowy (balon lateksowy i dwa prowadniki).

W sposób bezsporny pomiędzy stronami, w toku postępowania odwoławczego również ustalono, że z załączonych do pisma Odwołującego z dnia 21 maja 2010r. dokumentów wynika, że Odwołujący załączył dokumenty potwierdzające oferowanie w zakresie sprzętu dodatkowego - balonu poliuretanowego (załącznik do pisma o nazwie Cewnik balonowy do modelowania stent-grafu model Reliant - kolumna typ materiału – podatny poliuretan) oraz ustalono, że w zał. Nr 2 do oferty (formularz cenowy) wpisano balon lateksowy co stanowi odzwierciedlenie w tym zakresie wzoru zał. nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Natomiast sporne pomiędzy stronami pozostało zagadnienie czy obowiązek dostarczenia dokumentów wymienionych w Cz.X pkt 3 ppkt 2 i 3 siwz (dokumenty potwierdzające dopuszczenie przedmiotu do obrotu i używania oraz materiały informacyjne) odnosi się również do sprzętu dodatkowego, czy też tylko do sprzętu podstawowego.

Ponadto sporne pomiędzy stronami pozostało zagadnienie, czy brak dokumentów wyżej wymienionych w ofercie (dokumenty potwierdzające dopuszczenie przedmiotu do obrotu i używania oraz materiały informacyjne) stanowi o sprzeczności treści oferty z siwz, czyli o błędzie nieusuwalnym w myśl art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp., czy też Zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. czyli o błędzie usuwalnym oraz jakie ma znaczenie przedłożenie dokumentów przy piśmie Odwołującego z dnia 21 maja 2010 roku. w myśl obowiązującego art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izba zważyła co następuje.

O tym jaki przedmiot zamówienia zaoferował Odwołujący decyduje treść zał. Nr 2 do oferty, ponieważ w tym dokumencie stanowiącym formularz cenowy wykonawca określa przedmiot zamówienia.

Przy czym wzór zał. nr 2 do siwz jest tak sformułowany, że wykonawca określa tylko cenę (cenę jednostkową netto, wartość netto, wartość brutto, stawkę VAT) i numer katalogowy.

Natomiast przedmiot zamówienia jest wpisany we wzór zał. nr 2 do siwz (stent-graf z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej + sprzęt dodatkowy) oraz wpisana jest w tym wzorze charakterystyka przedmiotu zamówienia, obejmująca między innymi „balon lateksowy do modelowania wprowadzonych elementu stent-grafu.”

W związku z powyższym skoro Odwołujący załącznik nr 2 o treści jak wyżej wskazano, zamieścił w ofercie, to nie można skutecznie odrzucić jego ofertę, jak to uczynił w piśmie z dnia 13 lipca 2010r. Zamawiający wskazując, że Odwołujący zaoferował zamiast balonu lateksowego, balon poliuretanowy, ponieważ pozostaje to w sprzeczności z treścią zał. nr 2 do oferty Odwołującego (znajduje się w tam zapis o balonie lateksowym).

Tym samym nie można odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp., uzasadniając to tym, że do pisma wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. załączono dokumenty dopuszczające do używania i obrotu oraz materiały informacyjne odnoszące się do balonu z poliuretanu.

Pomimo, że do pisma z dnia 21maja 2010r. Odwołujący załączył dokumenty nie odnoszące się do balonu lateksowego tylko odnoszące się do balonu poliuretanowego, to nie można go obarczać z tego tytułu negatywnymi skutkami w zakresie złożonej oferty, ponieważ Zamawiający w piśmie z dnia 20 maja 2010 r wzywał tylko i wyłącznie do określenia się czy Odwołujący oferuje również sprzęt dodatkowy. Natomiast pomimo nawet, że wspomniał w tym piśmie, że oferta nie zawiera dokumentów na sprzęt dodatkowy to nie sformułował wezwania w tym piśmie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Reasumując pismo Zamawiającego stanowiło wezwanie tylko i wyłącznie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast Odwołujący w sposób jednoznaczny określił w odpowiedzi na to pismo, że oferuje sprzęt dodatkowy, czyli uczynił zadość wezwaniu do udzielenia wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym nie można z powodu załączenia przez Odwołującego do pisma z dnia 21 maja 2010r dokumentów dotyczących balonu z poliuretanu, odrzucać jego oferty jako sprzecznej z treścią siwz, ponieważ są to dokumenty, których brak lub niewłaściwość jest usuwalna przez obligatoryjne wezwanie na podstawie art..26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również nie można wykluczać Odwołującego z postępowania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający do dnia wydania wyroku takiego wezwania pod adresem Odwołującego nie sformułował.

Natomiast co do istnienia, czy nie istnienia obowiązku załączenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów siwz przez oferowany sprzęt, również na sprzęt dodatkowy, a nie tylko na sprzęt podstawowy, to w ocenie Izby obowiązek taki istnieje również na sprzęt dodatkowy, co potwierdza treść powyżej cytowanych zapisów siwz to jest ppkt-y 2) i 3) pkt 3 Cz. X siwz w związku z pkt-ami 1. i 2. Cz.III specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Bowiern z zapisów tych wynika, że przedmiotem zamówienia jest przedmiot opisany w zał. nr 2 a tam jest wymieniony stent-graf + sprzęt dodatkowy, a dokumenty stwierdzające dopuszczenie do obrotu i używania i materiały informacyjne odnoszą się do przedmiotu zamówienia, czyli stent-grafów i sprzętu dodatkowego, a co za tym idzie również balonu lateksowego.

Nie mniej zgodnie z treścią art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, czego do dnia wyroku Zamawiający nie uczynił w zakresie sprzętu dodatkowego.

Natomiast Odwołujący z ostrożności procesowej załączył do odwołania dokumenty dopuszczające do obrotu i używania oraz materiały informacyjne dotyczące sprzętu dodatkowego. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie zakwestionował faktu otrzymania wraz z kopią odwołania dokumentów wymienionych w odwołaniu, a wśród których znajdowały się dokumenty dotyczące sprzętu dodatkowego.

W związku z powyższym Izba uznała, że bezprzedmiotowym byłoby nakazywanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie sprzętu dodatkowego skoro Odwołujący dokumenty te załączył do odwołania, którego kopię wraz z załącznikami doręczył Zamawiającemu.

Reasumując, fakt załączenia niewłaściwych dokumentów do pisma wyjaśniającego co do sprzętu dodatkowego, bez wezwania w tym zakresie Zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp., nie może szkodzić Odwołującemu, który jak zresztą przyznał na rozprawie niewłaściwe dokumenty załączył przez pomyłkę. Tym samym istotna jest w ocenie Izby okoliczność, że dołączenie dokumentów do pisma wzywającego do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. nastąpiło bez wezwania do dołączenia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Natomiast bezprzedmiotowe jest nakazywanie Zamawiającemu wzywania Odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. do doręczenia brakujących dokumentów, skoro Odwołujące je z własnej inicjatywy dołączył, po czynności odrzucenia jego oferty pod zarzutem sprzeczności jej treści z treścią siwz w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, ponieważ stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art.26 ust.3, a przez to art.7 ust.1 ustawy Pzp, ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ wybrana oferta jest mniej korzystna od oferty Odwołującego, przy obowiązującym jedynym kryterium oceny oferty – kryterium ceny, a co wyczerpuje przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.



Izba nie rozpatrywała zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp., ponieważ Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron oświadczył, że do dnia rozprawy nie zawarł umowy, a wobec takiego oświadczenia Odwołujący cofnął w tym zakresie zarzut i żądanie co do nieważności zawartej umowy z Wykonawcą wybranym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art.192 ust.10 ustawy Pzp. zasądzając na rzecz Odwołującego koszty poniesione w związku z uiszczeniem wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury VAT.

Przewodniczący

.....