

Sygn. akt: KIO 2357/14

WYROK

z dnia 24 listopada 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2014 r. przez wykonawcę **OrtoCare Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Specjalistyczny Chorób Płuc w Zakopanem**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **OrtoCare Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 **zł** 00 **gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **OrtoCare Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **OrtoCare Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Specjalistyczny Chorób Płuc w Zakopanem** kwotę **500 zł** 20 **gr** (słownie: pięćset złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu i dojazdu do siedziby Izby

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 10 listopada 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm., dalej zwaną „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca OrtoCare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę narzędzi chirurgicznych do torakotomii i VATS lobektomii na potrzeby Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Szpitala Chorób Płuc w Zakopanem” prowadzi Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Specjalistyczny Chorób Płuc im. dr O. Sokołowskiego w Zakopanem. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 października 2014 r. pod numerem: 339376-2014.

Z otrzymanego przez Odwołującego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. w Nowym Tomyślu, a jednocześnie uznał, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i odrzucił ją, czym Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1.

Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie: czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie dokonania ponownej oceny oferty oraz uwzględnienie oferty Odwołującego z zachowaniem zasad określonych Pzp;
- 3) zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniesiono, że zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał dnia 5 listopada 2014 r., a więc wniesienie odwołania dnia 10 listopada 2014 r. należy uznać za dokonane z zachowaniem terminu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka odwoławczego, ponieważ odrzucenie jego oferty i brak jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej uniemożliwił mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący poniósł szkodę, bowiem faktycznie utracił możliwość uzyskania zamówienia oraz wypracowania zakładanego zysku.

Z zawiadomienia o wyniku postępowania wynika, iż Zamawiający odrzucił oferty OrtoCare, ponieważ stwierdził, że: „(...)Państwa została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ”.

Do odrzucenia oferty doszło po uzupełnieniu dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz udzieleniu wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt 3).1., 3).2. 3).6. SIWZ Opis przedmiotu zamówienia:

„1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 3 zestawów narzędzi chirurgicznych do torakotomii i VATS lobektomii na potrzeby Samodzielnego Publicznego Szpitala Specjalistycznego Chorób Płuc w Zakopanem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w zał. nr 1 do niniejszej specyfikacji.

2. Przedmiot dostawy ma spełniać wymagania określone w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679), w szczególności ma być oznakowany znakiem CE, a jeżeli ocena zgodności była przeprowadzana pod nadzorem jednostki notyfikowanej, to obok znaku CE ma być umieszczony numer identyfikacyjny właściwej jednostki notyfikowanej.

6. Zamawiający informuje, że ilekroć przedmiot zamówienia określony w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisany jest przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia dopuszcza się rozwiązania równoważne tzn. posiadające cechy, parametry, nie gorsze niż opisane w przedmiocie zamówienia. Wykazanie równoważności zaoferowanego przedmiotu spoczywa na Wykonawcy.” Analogiczne zapisy znalazły się w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II. 1.4) „Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia. Jak stanowił pkt 10) „Wymagane dokumenty od wykonawców, które należy załączyć do oferty”, a w szczególności ppkt 10) 4.1.:

- w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego do oferty należy dołączyć katalogi/prospekty odnoszące się do numerów katalogowych oferowanego przedmiotu zamówienia z opisem oferowanych produktów potwierdzających stawiane wymagania (tylko strony katalogu z wyraźnie zaznaczonym produktem, który jest oferowany, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego).

W związku z wezwaniem do uzupełnienia z dnia 28 października 2014 r., Odwołujący uzupełnił w terminie określonym przez Zamawiającego (wydłużonym na podstawie pisma z 31 października 2014 r. do dnia 4 listopada 2014 r.) wymagane przez niego dokumenty (oryginalne katalogi). Do uzupełnienia doszło z powodu braku tłumaczenia wskazanych w nadmienionym piśmie stron.

W piśmie z żądaniem wyjaśnień z dnia 31 października 2014 r., skierowanym na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający potwierdził, iż do oferty zostały załączone

katalogi dotyczące oferowanych narzędzi, ale jednocześnie zwrócił się o jednoznaczne potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W rozwinięciu Zamawiający odniósł się do poz. nr 30 (str. 9 katalogu) oraz do znajdującej się tam adnotacji Odwołującego, w której ten poinformował o różnicy w numerze (dodana lit. „B” na końcu numeru) w stosunku do identycznie wyglądających (o takich samych parametrach) nożyczkach preparacyjnych, spowodowanej faktem, iż oferowane nożyczki z numerem zawierających oznaczenie „B” na jego końcu mają „czarną powłokę ceramiczną”, czyli taką jaka jest wymagana przez Zamawiającego. W swoim piśmie Zamawiający zapytał przy tym (enigmatycznie i w sposób wykraczający poza kompetencje określone w art. 26 ust. 4 Pzp, który dotyczy wyjaśniania treści złożonych dokumentów), czy wykonawca posiada „nożyczki preparacyjne proste czarne typ Metzenbaum długość 230 mm ostrza tępe utwardzone twardą wkładką złote ucha wraz ze zdjęciem oferowanych nożyczek” Ponadto, równie enigmatycznie i nieprecyzyjnie Zamawiający sformułował żądanie potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają SIWZ i stwierdził, że Odwołujący załączył do oferty kserokopie stron katalogów oferowanych produktów, „jednakie budzą one wątpliwości, co do ich prawdziwości, a w szczególności poz* 22,30,35,46,51,52.” Jednocześnie Zamawiający poprosił o poświadczenie prawdziwości załączonych kart katalogowych oraz przedłożenie (przesłanie) oryginalnego katalogu proponowanych przez Odwołującego wszystkich narzędzi.

Wykonawca OrtoCare potwierdził w piśmie z dnia 2 listopada 2014 r., iż „W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 31.10.2014 roku niniejszym potwierdzam, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.” Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że w poz. nr 30 przedmiotem oferty są „nożyczki preparacyjne proste czarne typu Metzenbaum o długości 230 mm, o ostrzach tępych utwardzonych twardą wkładką ze złotymi uszami”, co wobec dodatkowego wyjaśnienia, że „powlekanie narzędzi czarną powłoką ceramiczną jest sprawą dość standardową”, świadczy że zaoferowany produkt bezsprzecznie spełnia wymagania SIWZ oraz jest przedstawiany w oryginalnym katalogu załączonym do oferty. Niezależnie od koloru uszu (które standardowo są złote, gdyż są znakiem narzędzi, których części pracujące są utwardzone) w katalogu, oferowane nożyczki mają analogiczne parametry.

Dla spełniania wymagań Zamawiającego znaczenie ma oświadczenie woli złożone w ofercie, potwierdzenie oryginalności katalogu oraz załączone jako dodatkowy dowód oświadczenie producenta (załączone w aktach sprawy), potwierdzające możliwości wyprodukowania i dostarczenia oferowanych przez Odwołującego nożyczek preparacyjnych. Jednocześnie fakt, ten nie świadczy o uzupełnieniu oferty po terminie składania ofert, ponieważ informacja ta, jak już wyżej nadmieniono znalazła się w pierwotnie złożonej ofercie.

Ani w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu nie było dodatkowych zastrzeżeń, co do szczegółowego sposobu prezentacji stron katalogowych, w szczególności zakazów co do zamieszczania na nich dodatkowych informacji. Brak zakazu potwierdza fakt, iż Zamawiający przyjął dokonane na stronach katalogowych tłumaczenia treści katalogów, dokonane przez Odwołującego się Wykonawcę.

Warto także potwierdzić, że z oświadczenia producenta (które nie było wymagane, ale zostało przedłożone jako dodatkowy argument) wynika jednoznacznie, że pomimo, iż produkuje on dostosowane do wymogów klienta produkty, to nie są one prezentowane w katalogach podstawowych, stąd przedłożone przez Odwołującego strony katalogowe spełniają wymogi Zamawiającego. Producent potwierdził przy tym wskazany przez Odwołującego w ofercie numer katalogowy, tj.: 02-03-276B. Okoliczność ta w żaden sposób nie wpływa na możliwości przyjęcia oferty i zaoferowanego w niej świadczenia, a także jako zupełnie nieistotna na możliwość prawidłowego dokonania oceny ofert, a ostatecznie wykonania umowy.

Odrzucenie oferty OrtoCare nastąpiło z naruszeniem przepisów Pzp. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Opisany przez Zamawiającego stan faktyczny w uzasadnieniu faktycznym nie odpowiada przywołanej podstawie prawnej odrzucenia. W informacji o wyniku oceny ofert oraz o odrzuceniu oferty OrtoCare nie zamieszczono uzasadnienia prawnego. Niewątpliwie z niego wyniknęłyby prawne podstawy odrzucenia, które w opisanym stanie faktycznym nie zachodzą. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 stanowi jednoznacznie o niezgodności z SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność musi mieć charakter zasadniczy (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2014 r., sygn. akt KIO 884/14; KIO 895/14). Do odrzucenia oferty na przywołanej podstawie prawnej może dość, o ile nie da się poprawić treści oferty, bo nie mamy do czynienia z inną omyłką lub Zamawiający wezwał do wyrażenia zgody na poprawienie innych omyłek o czym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Wykonawca takiej zgodny nie wyraził. Poprawione inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w żaden sposób nie powodowałyby istotnych zmian w treści oferty. Te kwestie nie były jednak rozpatrywane w niniejszym postępowaniu. W piśmie wskazano wbrew oświadczeniu woli Odwołującego, że załączona karta katalogowa wskazuje, że OrtoCare zaoferowała nożyczki standardowe. Karta katalogowa jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków oferowanego przedmiotu zamówienia i załączona do oferty karta wraz z opisem spełnianie warunków potwierdza. Karta katalogowa nie jest jednak ofertą. Zawarte w uzasadnieniu stwierdzenie, że: „jesteście w stanie dostosować ofertę do wymagań i wyprodukujecie nożyczki Metzenbaum o długości 2300 mm, TC, utwardzone, proste z czarnym okryciem, złotymi uszami (rączkami, i że będą ona oznaczone numerem 02-03-276B” jest nadużyciem i interpretacją oferty wprost

niezgodzoną z art. 65 Kc., który stosuje się zgodnie z art. 14 ustawy Pzp. Art. 65 Kc. stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje a w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Jak wynika, z komentarza do art. 65 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w: A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 1. Część ogólna, LEX, 2009], nie tylko przepisy prawa, ale również oświadczenia woli wymagają wykładni w celu ustalenia właściwego ich znaczenia, a w rezultacie celu rozpoznania skutków prawnych, jakie one wywołują. Zakres zastosowania art. 65 § 1 k.c. jest szeroki. Zasadniczo odnosi się on do wszystkich oświadczeń woli, bez względu na rodzaj kreowanych przez nie czynności prawnych, a więc do oświadczeń woli składających się na jednostronne i dwustronne czynności prawne, uchwały itp. Nadużycie Zamawiającego polega na tym, że sugeruje zmianę oferty złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne, podczas gdy co najwyżej można mówić o „dostosowaniu oferty handlowej” i dostarczeniu przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą w niniejszym przetargu. Stanowisko Zamawiającego jest zatem niewłaściwe i sprzeczne z prawem oraz ustalonymi przez niego zasadami postępowania. Podkreślenia przy tym jeszcze raz wymaga fakt, iż przyczyną sformułowania omawianego załącznika do oferty była wprost wola sporządzenia oferty zgodnej z SIWZ, a nie sprzecznej i Odwołujący uczynił to wszystkim dostępnymi mu sposobami.

Zwrócić należy także uwagę na fakt, iż stwierdzenie że oferowane przez Odwołującego nożyczki to narzędzia, których OrtoCare nie posiada na dzień składania ofert i że w związku z tym nie są one dopuszczone do obrotu zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych jest także nieuprawnioną supozycją.

Odwołujący uzupełnił strony katalogu o rysunek nożyczek pokrytych czarną ceramiką. Jak już zostało wskazane, takiego pokrycia nie ma w podstawowym katalogu, ponieważ wszystkie nożyczki (inne narzędzia również) mogą być pokryte ceramiczną czarną powłoką i nie zmienia to ani rozmiaru ani kształtu nożyczek. Katalogi są zmieniane rzadziej niż są wprowadzane nowe produkty. Zważywszy, że podstawowe portfolio produktów to ponad 30 tys. narzędzi - gdyby wprowadzić produkty pokryte czarną ceramiką byłoby ich o co najmniej 30% więcej. W nowym wydaniu katalogu wprowadzane są strony z czarnymi narzędziami - jednakże nie w standardzie - stąd różnice w numeracji stron (jest to zależne z którego katalogu została zaczerpnięta strona). Litera B na końcu numeru katalogowego jest standardowym oznakowaniem narzędzia pokrytego czarną powłoką ceramiczną. Żółte uszy to standardowe oznakowanie narzędzi, których części pracujące są utwardzone. Pokrycie

powłoką jest procedurą standardową, zgodną ze wszelkimi certyfikacjami. Naturalnie produkty te posiadają znak CE oraz znak jednostki notyfikowanej.

Przed wszystkim ani z przepisów prawa, ani z postanowień SIWZ nie wynika, że przedmiot zamówienia ma być posiadany przez Wykonawcę w dniu składania ofert. Oczywiście może taka okoliczność mieć miejsce. Nie zmienia to jednak faktu, że to Wykonawcy mają dostosować swoją ofertę do potrzeb Zamawiającego, a następnie ją zrealizować na podstawie zawartej umowy, a nie Zamawiający ma zorganizować przetarg na posiadane już przez Wykonawców narzędzia. Wytwórca, ani Wykonawca na dzień złożenia oferty nie musi mieć wyprodukowanych narzędzi (raczej to byłoby dziwne, gdyż w tym biznesie standardem jest produkcja „pod zamówienie”). Czarne narzędzia są w standardowej ofercie producenta i nie można wykluczyć, że znajdują się na obecnych stanach magazynowych. Trzeba mimo to podkreślić, że produkcja narzędzi w większej ilości jest ZAWSZE zależna od zamówienia. Nikt nie trzyma kilkudziesięciu tysięcy narzędzi na półce. Zapewnienie przez Wykonawcę na tzw. „półce” 100% zamówienia, oznaczałoby, że działa on wbrew zasadom racjonalnej gospodarki i interesowi prowadzonej przez niego firmy, w szczególności jeżeli chodzi o narzędzia niestandardowe.

Co do zarzutu odnośnie tego, że karty katalogowe nie potwierdzają wymagań określonych w poz. 13-19, Odwołujący stwierdził, iż katalogi nie pokazują parametrów, ponieważ tak są skonstruowane.

Odwołujący Orzy tym podkreślił, że wobec bardzo ogólnikowo sformułowanego (poprzez ogólne odniesienie do długości szczęk, czy krzywizny i brak wskazania, które konkretnie narzędzia i jakich parametrów nie spełniają) zarzutu nie można się do niego jednoznacznie odnieść. Wyjaśnić zatem należy, że pomiary narzędzi są bardzo różnie dokonywane i mogą wykazywać nieznaczne różnice. Przed złożeniem oferty Odwołujący sprawdził, czy części pracujące spełniają wymagania i po upewnieniu się, że tak jest zdecydował się wziąć udział w niniejszym postępowaniu. Dodatkowo zgodnie z normami w produkcji narzędzi występują wahania rozmiarów +/- 1 - 2mm. Jest to dopuszczone i Odwołujący jest pewny, że między narzędziami jednej firmy mogą być różnice pomiarowe - przy czym nie są one zauważalne przy ich użytkowaniu (nie dotyczy to narzędzi mikrochirurgicznych, gdzie są inne normy).

Zarzut odnośnie niezgodności z publikacjami na stronie internetowej także nie może się ostać. Katalogi publikowane na stronie internetowej są katalogami poglądowymi - nie są wyznacznikiem produkcyjnym. Producent posiada różne rozmiary haków. Również taki, który został zaoferowany Zamawiającemu. Strona internetowa, ani zawarte na niej treści nie mogą być zatem wiarygodnym dowodem w sprawie. Firma Rebstock, która od 50 lat produkuje narzędzia chirurgiczne i co roku wprowadza do oferty nowe instrumenty nieistniejące w żadnym katalogu - często pokazuje je również w broszurach. Do katalogu wchodzi

dopiero przy kolejnych edycjach. Obecnie producent pracuje nad kolejną edycją katalogu neuro/micro, który będzie wprowadzony na targach MEDICA. Tam będą pokazane częściowo między innymi czarne instrumenty. Tym samym, z samej ostrożności już należy stwierdzić, że nie doszło do zmiany treści oferty. Nie prowadzono też negocjacji.

Zamawiający swoim bezprawnym postępowaniem w toku postępowania o zamówienie publiczne nie może pozbawić wykonawcy statusu wykonawcy w danym postępowaniu.

Podsumowując należy stwierdzić, że w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający nie wykazał niezgodności z SIWZ w zakresie wymagania: zgodności ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia znajdującym się w zał. Nr 1 do SIWZ; spełniania przez przedmiot zamówienia wymagań określonych w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679), w szczególności ich oznakowania znakiem CE.

Nie było zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Poprzez odrzucenie oferty OrtoCare, a konsekwencji braku jej oceny w oparciu o przyjęte w SIWZ kryteria przy jednoczesnym wyborze oferty droższej, a w konsekwencji mniej korzystnej niż oferta Odwołującego, w rozumieniu przepisów SIWZ i postanowień SIWZ powodują, że Zamawiający naruszył oprócz omówionych powyżej przepisów także przepisy art. 91 ust. 1, a w związku z nimi art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że z informacji uzyskanej od Zamawiającego, że Zamawiający na zakup przeznaczył 155.422,50 PLN brutto. Oferta firmy Aeskulap to 157 635,72 PLN brutto. Nie jest więc prawdą, że oferta Firmy Aeskulap mieści się, w kwocie którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Żeby móc przyjąć taką ofertę Zamawiający musiałby posiadać dodatkowe środki na realizację tego zamówienia i je na nie przeznaczyć, co wobec prawidłowo złożonej oferty Odwołującego na kwotę 128 545,96 PLN brutto byłoby działaniem nieracjonalnym.

W świetle powyższego OrtoCare Sp. z o.o. w Warszawie wnosil jak na wstepie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która mogła być uznana za najkorzystniejszą cenowo, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp oznaczać może dla Odwołującego utratę możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

14 listopada 2014 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 listopada 2014 roku, udział w postępowaniu odwoławczym zgłosił wykonawca Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyszu. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z zapisów SIWZ wynikało, że zgodnie z pkt 3).1., 3).2. 3).6. SIWZ Opis przedmiotu zamówienia:

„1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 3 zestawów narzędzi chirurgicznych do torakotomii i VATS lobektomii na potrzeby Samodzielnego Publicznego Szpitala Specjalistycznego Chorób Płuc w Zakopanem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w zał. nr 1 do niniejszej specyfikacji.

2. Przedmiot dostawy ma spełniać wymagania określone w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679), w szczególności ma być oznakowany znakiem CE, a jeżeli ocena zgodności była przeprowadzana pod nadzorem jednostki notyfikowanej, to obok znaku CE ma być umieszczony numer identyfikacyjny właściwej jednostki notyfikowanej.

6. Zamawiający informuje, że ilekroć przedmiot zamówienia określony w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisany jest przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia dopuszcza się rozwiązania równoważne tzn. posiadające cechy, parametry, nie gorsze niż opisane w przedmiocie zamówienia. Wykazanie równoważności zaoferowanego przedmiotu spoczywa na Wykonawcy.” Analogiczne zapisy znalazły się w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II. 1.4) „Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia. Jak stanowił pkt 10) „Wymagane

dokumenty od wykonawców, które należy załączyć do oferty”, a w szczególności ppkt 10) 4.1.:

- w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego do oferty należy dołączyć katalogi/prospekty odnoszące się do numerów katalogowych oferowanego przedmiotu zamówienia z opisem oferowanych produktów potwierdzających stawiane wymagania (tylko strony katalogu z wyraźnie zaznaczonym produktem, który jest oferowany, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego).

W dniu 28 października 2014 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie katalogów/prospektów, ich numerów katalogowych oferowanego przedmiotu zamówienia z opisem oferowanych produktów potwierdzających stawiane wymagania. Katalogi dotyczące oferowanych narzędzi pod numerami 18,26,30,31,32,33,34,36,41,42,44,48,53,54 złożone zostały jedynie w języku obcym lub nieprzetłumaczone w pełni. Zgodnie z pkt 10.13 w związku z pkt 16.3.2. SIWZ dokumenty sporządzone w języku obcym miały być składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

Odwołujący w wymaganym terminie złożył stosowne dokumenty.

Następnie, Zamawiający w dniu 31 października 2014 roku, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom. W kalkulacji cenowej do oferty, poz. 30 Zamawiający wymagał zaoferowania nożyczek preparacyjnych prostych, typu Metzenbaum, długość 230 mm, ostrza tępo tępo utwardzone z twardą wkładką złote ucha. Odwołujący na potwierdzenie zaoferowania tego produktu przedłożył kartę katalogową z nożyczkami standardowymi, z adnotacją, że jest dostępna wersja czarna przykł. kod 02-03-276 B. Zamawiający prosił o jednoznaczne wyjaśnienie czy Wykonawca posiada nożyczki preparacyjne proste, typu Metzenbaum, długość 230 mm, ostrza tępo tępo utwardzone z twardą wkładką złote ucha wraz ze zdjęciem oferowanych nożyczek. Ponadto kserokopie stron katalogowych oferowanych produktów w pozycjach 22,30,35,46,51,52 wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do ich autentyczności, dlatego poproszono Odwołującego o poświadczenie autentyczności załączonych kart katalogowych oraz przedłożenie oryginalnego katalogu proponowanych wszystkich narzędzi (zgodnie z pkt 10.4.1 i 10.12. SIWZ).

Odwołujący złożył wyjaśnienia i potwierdził, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W pozycji nr 30 zaoferował nożyczki preparacyjne proste czarne typu Metzenbaum o długości 23 mm, o ostrzach tępych, utwardzone twardą wkładką ze złotymi uszami. Na potwierdzenie dołączył kartę katalogową.

Dodatkowo nadmienił, że w firmie Rebstock Instruments powlekanie narzędzi czarną powłoką ceramiczną jest sprawą dość standardową. Technologia ta oferowana jest również w przypadku innych narzędzi (...), wszędzie tam, gdzie odbite światło może przeszkadzać w procesie chirurgicznym. Natomiast „złote uszy” to oznakowanie wszystkich narzędzi, których części pracujące są dodatkowo utwardzone. Odwołujący zaznaczył, że wydawało mu się, iż Zamawiający w katalogu sprawdza parametry, dlatego wykonawca nie dołożył karty katalogowej czarnych nożyczek (ich kształt i rozmiar jest taki sam jak klasycznych). Dodatkowo załączono również oświadczenie szefa firmy Rebstock jako bezpośredniego producenta narzędzi, że firma jest w stanie dostosować swoją ofertę do wymagań klienta i wyprodukować dodatkowo, poza ofertą katalogową, instrumenty „custom made” tzn. „na życzenie klienta”. Odwołujący przedstawił również karty katalogowe pozycji nr 22,30,35,46,51 i 52 w większej rozdzielczości.

Oświadczenie złożone przez pana S. R. brzmiało następująco:

„(...) Niniejszym potwierdzamy, że produkujemy produkty „dostosowane na miarę”, które nie są wyspecyfikowane w naszych katalogach. Również wyprodukujemy nożyczki Metzenbaum 230 mm, TC-utwardzone, proste, z czarnym pokryciem, złotymi uszami (rączkami). Będą one oznaczone numerem 02-03-276B (....).”

Zamawiający postanowił odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że (...) z karty katalogowej dołączonej do oferty wynikało, że wykonawca oferuje nożyczki standardowe, natomiast w kolorze czarnym przykładowo mogą być dostępne pod nr 02-03-276B. W drodze wyjaśnień Wykonawca poinformował, że jest w stanie dostosować ofertę do wymagań klienta i że wyprodukuje nożyczki opisane w SIWZ. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, wskazywało, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem Zamawiający wymagał narzędzi będących w ofercie Wykonawców, dopuszczonych do obrotu zgodnie z przepisami o wyrobach medycznych, a nie narzędzi, którymi nie dysponują oni na dzień składania ofert, natomiast ewentualna produkcja jest uzależniona od wyniku postępowania. Ponadto karta katalogowa dotycząca nożyczek, przesłana mailem, jest oznaczona jako „str. 328”. Natomiast w katalogu (tzw. oryginalnym) jest oznaczona jako „str. 328a”, co zdaniem Zamawiającego potwierdza dodatkowo, że Wykonawca nie ma tego produktu w ofercie ogólnie dostępnej.

Ponadto, strony katalogowe nie potwierdzają spełnienia wszystkich parametrów w pozycji 16, w zakresie wymogu dotyczącego długości krzywizny kleszczyków (ani wymiarów średnicy), co dla Zamawiającego ma bardzo istotne znaczenie. Nadto strony katalogowe nie potwierdzają wymagań określonych w poz. 13,14,15,16,17,18,19 (w szczególności odpowiednio: dł. Szczęki, dł. Krzywizny). Jednocześnie strony katalogowe (tzw. oryginalne), zwłaszcza odnoszące się do haków operacyjnych (poz. 24) są niespójne

z katalogiem Rebstock opublikowanym na stronie internetowej. Z katalogu tego jasno wynika, że hak w poz. 24 pod nr katalogowym 18.494.75 ma rozmiary 75x20 mm, a nie jak wymagane 72x20 mm. Tym samym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, co skutkowało jej odrzuceniem.

W tak ustalonym stanie faktycznym odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do złożenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ i wymaganiom jasno sprecyzowanym przez Zamawiającego. W postępowaniu wymagania co do parametrów zamawianych narzędzi chirurgicznych powiązane z obowiązkiem złożenia kart katalogowych, z których precyzyjnie będzie wynikało potwierdzenie spełnienia wszystkich parametrów opisanych w SIWZ dla poszczególnych narzędzi. Materiały złożone przez Odwołującego wymaganych parametrów w pełnym zakresie nie potwierdzały. Powyższe w ocenie Izby uprawniało Zamawiającego do skorzystania z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp i żądania od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

W zakresie poz. 30 niezbiecie ze złożonych wraz z ofertą materiałów wynikało, że karta katalogowa dotyczy nożyczek standardowych. Za potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ nie mogła służyć adnotacja na karcie samego wykonawcy, że dostępna jest wersja

czarna o przykładowym kodzie. Choć Odwołujący w wyjaśnieniach złożył stanowcze oświadczenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, to jednocześnie przez złożenie oświadczenia producenta samego sprzętu, bardzo wyraźnie zaznaczył, że produkowane są narzędzia dostosowane na miarę, które nie są wyspecyfikowane w katalogach i że producent wyprodukuje (podkreślenie własne) nożyczki Metzenbaum 230 mm, TC-utwardzone, proste z czarnym pokryciem, złotymi uszami (rączkami), a będą one oznaczone numerem 02-02-276B. Złożenie dwóch, wzajemnie poniekąd wykluczających się oświadczeń, mogło budzić uzasadnione wątpliwości po stronie Zamawiającego, czy otrzyma on produkt, który opisał w SIWZ, a także rodzić wątpliwości czy w rzeczywistości Odwołujący w ogóle danym produktem dysponuje. Zaznaczyć także należy, iż z pewnością intencją Zamawiającego nie było żądanie, aby wykonawca dysponował na magazynie bliżej nieokreśloną liczbą narzędzi, ale aby Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że jest w stanie odpowiedzieć w krótkim czasie na potrzeby Zamawiającego i dostarczyć mu sprzęt o ściśle określonych parametrach, który przeszedł weryfikację zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, posiada stosowne certyfikaty i jest dopuszczony do użytkowania bez zagrożenia dla życia i zdrowia pacjentów. W ocenie Izby przedłożone zaś dokumenty wskazywały po prostu na niespełnianie warunków odnoszących się do minimalnych wymagań sprzętu wyspecyfikowanych przez Zamawiającego.

Wada taka nie mogła, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zostać usunięta czy to poprzez ponowne zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też przy zastosowaniu art. 87 ustawy Pzp, ponieważ takie działanie prowadziłaby de facto do zmiany treści złożonej oferty, co jest działaniem niedopuszczalnym. Nie może zostać zakwalifikowana jako brak dokumentacji do oferty wada polegająca na zaoferowaniu materiałów o parametrach nieodpowiadających tym określonym przez Zamawiającego. Odwołujący nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość w składanych pismach, ani też na rozprawie, że oferowane przez niego materiały spełniają wymogi Zamawiającego, a jedynie załączona została do oferty niepełna, niejasna dokumentacja składająca się na katalogi produktów. Odwołujący okazał na rozprawie nożyczki, czarne, utwardzone, ze złotymi uszami, ale w innym rozmiarze, niż wymagany w pozycji nr 30 (180 mm). Skoro Odwołujący twierdził, że produkt ten jest produktem o standardowym wykonaniu i parametrach oraz produktem istniejący, to w ocenie Izby nie było przeszkód, aby na rozprawie okazać ten wymagany w pozycji nr 30 produkt, a nie produkt o parametrach podobnych do zamawianego. Ponadto, ponowne zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłoby niedopuszczalne. Odwołujący miał bowiem szansę na uzupełnienie oferty, miał również szansę na złożenie wyjaśnień, które dałyby odpowiedź na pytanie, czy wykonawca oferuje produkty opisane w SIWZ przez Zamawiającego.

Niewątpliwie zgodzić należy się z Odwołującym, że w postępowaniu nie ustalono żadnych reguł w jaki sposób powinna wyglądać karta katalogowa i katalogi. Co więcej, w ocenie Izby ustalenie takich reguł byłoby wymaganiem nadmiernym, jednakże dostrzeżenia wymaga, że wymaganie załączenia do oferty katalogów/prospektów opisujących i przedstawiających graficznie oferowany asortyment jest wymogiem relatywnie często stosowanym przez Zamawiających. To po stronie Odwołującego leżał obowiązek takiego przygotowania materiałów reklamowych, aby Zamawiający miał realne możliwości oceny oferty wykonawcy w zakresie postanowionych wymagań sprzętowych. Należało przedstawić takie dokumenty, z których wynikałyby wszystkie niezbędne informacje do oceny merytorycznej części oferty.

Odnosnie twierdzeń Odwołującego, że karta katalogowa nie składa się na treść oferty, to pogląd ten w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za chybiony. W prowadzonym postępowaniu to właśnie katalogi i prospekty odnosiły się do opisu przedmiotu zamówienia, z tych dokumentów miały wynikać informacje o istotnych parametrach sprzętowych i to właśnie te dokumenty stanowiły właściwą treść oferty. Słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że na treść oferty składa się całokształt dokumentów, które opisują oferowany przedmiot. Tym samym na ofertę w tym konkretnym przypadku składał się zarówno formularz cenowy, ale też przede wszystkim dokumenty przedmiotowe, wymagane na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Pomiędzy złożonym przez wykonawcę oświadczeniem o zgodności produktu z wymaganiami a dokumentami powyższe potwierdzającymi nie mogła zachodzić wewnętrzna sprzeczność.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że decyzja uzasadniająca odrzucenie oferty była niekompletna, czy też że opisany stan faktyczny nie odpowiadał przywołanej podstawie prawnej.

W ocenie składu orzekającego Izby uzasadnienie o odrzuceniu oferty Odwołującego zawierało wszystkie niezbędne informacje. Jak wynika z przebiegu postępowania odwoławczego Odwołujący nie miał problemów z ustaleniem rzeczywistych podstaw odrzucenia jego oferty, co potwierdza treść złożonego środka ochrony prawnej. Zdaniem Izby Zamawiający w przypadku pozycji od 13 do 19 formularza szczegółowo opisał jakich parametrów nie znalazł w złożonych katalogach, co skutkowało brakiem możliwości oceny oferty w pełnym wymiarze. Jeżeli katalogi Odwołującego nie zawierały informacji o pewnych parametrach, to taką informację Wykonawca mógł przedstawić, zobrazować w inny sposób, składając dodatkowe dokumenty, czego nie uczynił.

Odwołujący na rozprawie nie odniósł się w żaden sposób do zarzutów Zamawiającego wynikających z decyzji o odrzuceniu oferty, że w pozycji nr 24 zaoferowano hak operacyjny o wymiarach innych niż wymagane w SIWZ. Swoją argumentację

wykonawca ograniczył jedynie do stwierdzenia, że Zamawiający nie był uprawniony do weryfikowania prawidłowości treści oferty przy wykorzystaniu informacji ze stron internetowych producenta sprzętu. Nie można jednak tracić z pola widzenia okoliczności, że to Wykonawca załączył do oferty katalog, w którym parametry haka nie pokrywały się z wymogami SIWZ i to Wykonawca składając wyjaśnienia w żaden sposób tych rozbieżności nie wyjaśnił.

Skoro ze zgromadzonych w toku postępowania o udzielenie zamówieni publicznego dokumentów wynika, że wyroby, które miały być przedmiotem dostawy nie istnieją lub powstały co najmniej uzasadnione wątpliwości co do ich istnienia, a zostało to wprost potwierdzone przez Odwołującego stosownym oświadczeniem producenta materiałów załączonym do wyjaśnień, jak również załączone przez Odwołującego do oferty dokumenty odnosiły się do innych wyrobów, a to oznacza, że złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ. Świadczenie Wykonawcy wynikające ze złożonej przez niego oferty ma być odpowiedzią na wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Jeżeli więc porównanie opisanych wymagań i treści oferty nie jest ze sobą zbieżne, to powyższe przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie składu orzekającego należy stwierdzić, że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie jest zgodna z treścią postanowień SIWZ, co oznacza, że czynność odrzucenia oferty nie naruszyła postanowień przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ustawy Pzp. Nie może być mowy o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający skorzystał z przysługujących mu zgodnie z ustawą Pzp uprawnień. Uprawnień tych w ocenie Izby nie nadużył.

W ocenie składu orzekającego Izby nie doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających w postępowaniu odrzuceniu w ramach posiadanych środków finansowych, za podstawę przyjmując opisane w SIWZ kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z tych powodów uznano, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej była prawidłowa.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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: