

POSTANOWIENIE
z dnia 9 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2014 r. przez Wykonawcę – **Beryl Med. Limited z siedzibą 1st Floor, 26 Fouberts Place, W1F 7PP, Londyn** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dwuletnią dostawę sprzętu do zabiegów laparoskopowych i protez naczyniowych*” (nr postępowania 9/ZP/2014; Pakiet nr 2), prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i dokonać zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – **Beryl Med. Limited z siedzibą 1st Floor, 26 Fouberts Place, W1F 7PP, Londyn**, kwoty 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dwuletnią dostawę sprzętu do zabiegów laparoskopowych i protez naczyniowych”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2014 r., pod nr 2014/S 044-073018.

W dniu 29 maja 2014 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej), Odwołujący – Beryl Med. Limited z siedzibą 1st Floor, 26 Fouberts Place, Londyn – wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których był on zobowiązany, w zakresie Pakietu nr 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez stosowanie odmiennych kryteriów badania i oceny ofert – tj. Zamawiający bada kryterium „efektywna długość zespolenia”, którego nie ma w SIWZ i porównuje te kryterium z „długością szwu” z SIWZ – w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w sposób uniemożliwiający prawidłową ocenę w oparciu o obiektywne kryteria zawarte w SIWZ, a następnie nieuprawione odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu nr 2;
2. naruszenie art. 91 Pzp poprzez wadliwe wykonanie procesu badania i oceny ofert poprzez przyjęcie odmiennych kryteriów ocennych oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania badania ofert poprzez niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych przyjęcie, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ oraz wskazania wyniku postępowania na ofertę wykonawcy Surg-tech s.c. P. K., K. L. z siedzibą w Poznaniu, jako rzekomo najkorzystniejszą w tym postępowaniu;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 i art. 91 Pzp, poprzez błędną subsumpcję stanu faktycznego pod stan prawny skutkującą niewłaściwym zastosowaniem przepisu, oraz odrzucenie oferty Odwołującego, jako

niezgodnej z SIWZ, pomimo nie zaistnienia w stanie faktycznym ku temu przesłanek, gdyż przedmiotowa niezgodność z SIWZ nie miała miejsca, w szczególności poprzez:

- 1) nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny oferty Odwołującego i w konsekwencji przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołującego nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ;
- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w postępowaniu wobec powzięcia wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ, podlegających uzupełnieniu skutkujących pochopnym i przedwczesnym stwierdzeniem niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, ocenionej wg kryterium oceny 100,00 pkt, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie Pakietu nr 2.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, względnie w części zasługującej na uwzględnienie, oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 2;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Pakietu nr 2 i jej przywrócenie do postępowania;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego w zakresie Pakietu nr 2 jako najkorzystniejszej;

względnie, z daleko idącej ostrożności procesowej – nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, co do oferty złożonej w zakresie Pakietu nr 2.

W uzasadnieniu odwołania wskazano na spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Podkreślono, że w wyniku przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania przetargowego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w nie uzyskaniu zamówienia może zostać naruszony i Odwołujący może ponieść szkodę. Wskazano, że w przypadku, w którym Zamawiający działałby zgodnie z przepisami Pzp nie wybrałby w zakresie Pakietu nr 2 – jako oferty najkorzystniejszej – wykonawcy Surg-tech s.c. P. K., K. L. z siedzibą w Poznaniu, za ceną 47.044,80 zł brutto, lecz dokonałby wyboru oferty Odwołującego, jako wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, tj. na kwotę 44.064,00 zł brutto.

W zakresie istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych podniesiono, że pismem

datowanym na dzień 21 maja 2014 r., doręczonym Odwołującemu tegoż samego dnia przekazem faksowym, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, w tym o wyborze w zakresie Pakietu nr 2 oferty wykonawcy Surg-tech s.c. P. K., K. L. z siedzibą w Poznaniu, jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ. W uzasadnieniu zawiadomienia Zamawiający podniósł, iż: wyrób zaoferowany w Pakiecie nr 2 poz. nr 1 posiada ładunki do staplera o parametrach niezgodnych z wymaganiami SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj.: długość linii szwu 61 mm przy zaoferowanym 60 mm; wyrób zaoferowany w Pakiecie nr 2 poz. 2 posiada ładunki do staplera o parametrach niezgodnych z wymaganiami SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj.: długość linii szwu 81 mm przy zaoferowanym 80 mm.

Wskazano, iż w SIWZ (w wyjaśnieniach i zmianie SIWZ) Zamawiający postawił wymóg, aby długość linii szwu dla staplera wynosiła w poz. 1 oraz 2 odpowiednio: 50 mm i 90 mm, a następnie w udzielonych wyjaśnieniach do SIWZ dopuścił możliwość zaoferowania ładunków liniowych z nożem do staplerów o długości 61 mm i 81 mm. Zaoferowane przez Odwołującego staplery produkcji Grena Ltd. w pełni spełniają ten wymóg, jednak Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – w ocenie Odwołującego – prawdopodobnie ze względu na zapis w katalogu firmy Grena Ltd. mówiący, że „efektywna długość zespolenia i przecięcia” wynosi odpowiednio 60 i 80 mm. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający podczas oceny ofert dokonał tym samym zmiany wymagań postawionych w SIWZ, gdyż długość linii szwu i efektywna długość zespolenia to dwa różne parametry i zawsze długość linii szwu jest wartością większą od efektywnej długości zespolenia, co jest elementem gwarantującym bezpieczne stosowanie staplera. Gdyby obie wartości były identyczne lub efektywna długość zespolenia byłaby większa od długości linii szwu, istniałoby zwiększone ryzyko nieszczelności lub braku pełnej hemostazy na dystalnym końcu linii cięcia.

Odwołujący dowodził następnie, że w procesie oceny ofert Zamawiający postawił znak równości między efektywną długością zespolenia, a długością linii szwów, podczas gdy w praktyce są to zawsze dwie różne wartości, a linia szwu jest zawsze wartością wyższą. Ponadto, w żadnym z materiałów informacyjnych firmy Grena Ltd., załączonych do oferty nie jest zawarta informacja, że długość linii szwu staplerów z nożem wynosi odpowiednio: 60 i 80 mm. Te wartości odnoszą się jedynie do efektywnej długości zespolenia i jest to wyraźnie zapisane w materiałach informacyjnych firmy Grena Ltd. Jeśli Zamawiający w SIWZ uznał za parametr wymagany długość linii szwu to niedopuszczalnym jest, aby w procesie oceny ofert odwoływać się do tych zapisów katalogu producenta, które odnoszą się do zupełnie innego parametru.

Odwołujący argumentował ponadto, że Zamawiający wyciągnął pochopne i

nieadekwatne działania w stosunku do Odwołującego. W toku badania i oceny ofert, dopuszczalnym, a wręcz wskazanym jest żądanie od wykonawców wyjaśnień lub dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczących treści ofert, o ile nie prowadzi to do negocjacji dotyczących złożonej oferty lub zmiany jej treści, czego Zamawiający zaniechał. Zamawiający uchybił więc także obowiązkowi wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty naruszając art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp. Podniesiono przy tym, że zgodnie z art. 7 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W niniejszej sprawie dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, jako przejaw formalizmu, rażąco narusza przepisy Pzp, albowiem gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził czynność badania i oceny ofert, oraz zastosował właściwe kryteria i regulacje przy ich ocenie, to w zakresie Pakietu nr 2 oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 2 czerwca 2014 r., do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął mail wykonawcy Surg-Tech s.c., ul. Lwa 19/39, 61-244 Poznań, informujący o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Do postępowania nie zgłoszono przystąpień po stronie odwołującego się wykonawcy.

W dniu 5 czerwca 2014 r., do Krajowej Izby Odwoławczej, wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym wskazano, że informacja o wniesieniu odwołania, wraz z przekazaniem kopii odwołania, została w dniu 30 maja 2014 r. przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w części dotyczącej Pakietu nr 2.

Izba stwierdziła, że przystąpienie wykonawcy Surg-Tech s.c. nie zostało zgłoszone skutecznie. Zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W myśl natomiast § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.), z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W § 7 ww. rozporządzenia wskazano dwie czynności – wniesienie odwołania oraz zgłoszenie przystąpienia, które nie mogą być skutecznie dokonane za pomocą faksu lub poczty elektronicznej. W konsekwencji przystąpienie w/w wykonawcy przesłane jedynie drogą

mailową nie mogło zostać uznane za czynność skuteczną. Ponadto, należy wskazać, iż przesłane, także za pośrednictwem poczty elektronicznej, pełnomocnictwo dla osoby podpisującej przystąpienie nie umocowuje do dokonania w rozpoznawanej sprawie czynności przystąpienia w imieniu w/w wykonawcy. W treści pełnomocnictwa wskazano, że udziela się pełnomocnictwa do reprezentowania spółki przy podejmowaniu wszelkich czynności w imieniu i na rzecz spółki, związanych z przeprowadzeniem przetargów, włącznie z przygotowaniem i podpisaniem oferty, składaniem oświadczeń woli, wnoszeniem protestów oraz akceptacją projektów umów. Postępowanie odwoławcze nie jest jednym z etapów „przeprowadzenia przetargu”, a pełnomocnictwo odnosi się – i to w sposób generalny – jedynie do postępowań przetargowych. Ponadto z umocownia dotyczącego wnoszenia protestów nie można wywodzić umocownia do zgłoszenia przystąpienia w niniejszym postępowaniu.

W świetle powyższych okoliczności wykonawca ten nie uzyskał statusu przystępującego.

W dniu 5 czerwca 2014 r., do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło ponadto pismo Zamawiającego, w którym złożono oświadczenie o uwzględnieniu w całości niniejszego odwołania. Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone przez osobę umocowaną do reprezentowania Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż spełnione zostały przesłanki do umorzenia postępowania, na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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: