

Sygn. akt: KIO 1045/17

WYROK

z dnia 9 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2017 r. przez wykonawcę **Balton Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 7 lok. 14, 00-496 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, ul. Wołoska 137, 02-507 Warszawa**

przy udziale wykonawcy „**Billmed**” **Sp. Z o.o., ul. Krypska 24 lok. 1, 04-082 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Balton Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 7 lok. 14, 00-496 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Balton Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 7 lok. 14, 00-496 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i sukcesywną dostawę zestawów do znieczuleń, znaczników i śródkankowych i kulkowych, zestawów jednorazowych do wstrzykiwacza, cewników urologicznych, cewników do odsysania, igieł iniekcyjnych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lutego 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 041-074591.

W dniu 26 maja 2017 r. wykonawca Balton Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie odwołującego do uzupełnienia i/lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w zakresie błędnie dołączonych przez wykonawcę katalogów, na których widnieje informacja o treści „UWAGA: Istnieje możliwość zamówienia zestawu wraz ze strzykawką niskooporową. Przykład oznaczenia: ZZOM18GSN”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, że na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów podmiotowych oraz przedmiotowych błędnie dołączył katalog nie dotyczący zaoferowanego w ofercie zestawu. Zwrócił też uwagę, że w treści złożonego przez odwołującego katalogu widnieje następujące postanowienie: „UWAGA: Istnieje możliwość zamówienia zestawu wraz ze strzykawką niskooporową. Przykład oznaczenia: ZZOM18GSN”. Powyższy tekst w katalogu jednoznacznie wskazuje, zdaniem odwołującego, że numer katalogowy stanowi jedynie przykład, co oznacza, iż odwołujący może i samodzielnie dokonuje zmian numerów katalogowych poszczególnych wyrobów medycznych. Należy mieć na względzie, jak zauważył odwołujący, że numer katalogowy wpisany przez odwołującego w Formularzu ofertowym, tj. ZZOM18GSN zawiera Zestaw z igłą o długości 90 mm, a zatem z igłą wymaganą przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, ww. okoliczności faktyczne powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego lub zamawiający powinien uznać, iż złożone dokumenty, tj. katalogi zawierają błędy.

Dodatkowo, jak stwierdził odwołując, wątpliwości zamawiającego powinien również

wzbudzić fakt, iż w pozycji 3 dotyczącej samej igły oraz w pozycji 6 dotyczącej całego Zestawu występuje ta sama igła, a zatem niemożliwym jest, aby długość występująca w zestawie różniła się od długości samej igły.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na okoliczność, że odwołujący podpisując formularz oferty w zakresie pozycji 3 w pakiecie 1 złożył oświadczenie, iż posiada cały Zestaw, w skład którego, zgodnie z opisem sporządzonym przez zamawiającego, wchodzi igła Tuohy o dł.90 mm. Zdaniem odwołującego, Formularz ofertowy jest najważniejszym dokumentem, a katalogi służą jedynie potwierdzeniu zgodności przedmiotu zamówienia z opisem. Powyższe ma tym większe znaczenie, że w samym katalogu występuje zastrzeżenie, iż numery katalogowe są jedynie przykładowe. Odwołujący oświadczył, że posiada katalogi o treści marketingowej oraz o treści stricte technicznej, przy czym - do ofert został dołączony katalog marketingowy, co powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego. Zrozumiałym jest, w opinii odwołującego, że odwołujący, jako producent wyrobów medycznych, w tym zestawów, posiada w swoim portfolio kilka tysięcy wyrobów medycznych, w tym igły o wszystkich dostępnych rozmiarach.

Wobec powyższego, w przekonaniu odwołującego, zamawiający, wypełniając dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy formularzem ofertowym, a złożonym przez odwołującego katalogiem lub uznając, iż katalog zawiera błędy, powinien wezwać odwołującego do jego uzupełnienia i/lub poprawienia. Jak zaznaczył odwołujący, procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest obligatoryjna.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

- odrzucenia oferty odwołującego
- wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Billmed Sp. z o.o.

oraz dokonania następujących czynności:

- wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy oświadczeniem złożonym przez odwołującego w formularzu ofertowym, iż odwołujący oferuje Zestaw do znieczulenia zewnątrzoponowego z igłą Tuohy 18 G dł. 90 mm, tj. zawierający igłę Tuohy o długości 90 mm, a złożonymi katalogami;
- dokonania czynności powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 29 maja 2017 r. wykonawca Billmed Sp. z o.o.

W toku postępowania strony podtrzymały swe stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Balton Sp. z o.o., treść dokumentów przekazanych przez Balton Sp. z o.o. wraz z pismem z dnia 4 maja 2017 r., treść pisma zamawiającego z dnia 16 maja 2017 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W przedmiotowej sprawie zamawiający w Zadaniu nr 1 wymagał zaoferowania m.in. zestawu do znieczulenia zewnątrzoponowego z igłą Tuohy 18G składającego się z igły Touhy do nakłuc 18G długości 90 mm, cewnika, strzykawki niskooporowej 10ml i filtra płaskiego 0,2um (pozycja 6). Zamawiający wymóg ten zamieścił we wzorze Formularza cenowego pozostawiając wykonawcy miejsce na podanie ceny, nr katalogowego, nazwy, oraz producenta. W pkt 8.5 ppkt 4) specyfikacji zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę folderów lub innych materiałów producenta oferowanego asortymentu potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w złożonej ofercie w Formularzu cenowym podał dla pozycji 6 jako nr katalogowy: ZZOM18GSN, zaś jako nazwę: Zestaw do znieczuleń zewnątrzoponowych mały ze strzykawką. Jako producent została wskazana Balton Sp. z o.o.

Na wezwanie zamawiającego odwołujący wraz z pismem z dnia 4 maja 2017 r. przekazał wymagane na potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego dokumenty, w tym dla pozycji 6 w Zadaniu 1 złożył katalog, w którym na stronie trzeciej znajduje się opis Zestawu do znieczulenia zewnątrzoponowego małego. Jako elementy zestawu wskazane zostały igła Tuohy, kateter epiduralny, filtr przeciwbakteryjny płaski 0.2µm oraz tulejka uniwersalna. W tej części katalogu podano również cztery numery katalogowe, dla numeru ZZOM18G wskazując rozmiar katetera 20G i igłę Tuohy o rozmiarze 18G i długości 80mm.

Izba stwierdziła, że złożony przez odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym katalog stanowił *de facto* materialne dookreślenie oferty. To właśnie na podstawie Formularza oferty i przekazanych wraz z pismem z dnia 4 maja 2017 r. dokumentów, w tym m.in. spornego katalogu, jednoznacznie można było stwierdzić, co jest faktycznie oferowane. Podanie oferowanego numeru katalogowego i możliwość zidentyfikowania rzeczywistych parametrów oferowanego przedmiotu stanowi sedno oferty wykonawcy. Informacje te czytane razem pozwalają na jednoznaczną identyfikację oferowanego wyrobu na etapie oceny ofert i weryfikację jego zgodności z opisem przedmiotu zamówienia.

Zgodność oferty z treścią postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści złożonych przez wykonawcę dokumentów można stwierdzić, że istotne postanowienia zawarte w ofercie (dokumentach składających się na nią) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia, w szczególności co do przedmiotu, zakresu, ilości, jakości, cech technicznych, warunków realizacji czy ceny. Niezgodność oferty z treścią specyfikacji ma miejsce wówczas, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia określonego przez zamawiającego, nie zapewnia jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymaganiami zamawiającego.

W ocenie Izby, z treści katalogu złożonego zamawiającemu nie sposób wywieść, że katalog ten zawiera błąd. Powyższe potwierdzają katalogi złożone przez zamawiającego na rozprawie, jak też sam odwołujący, który na stronie 4 odwołania stwierdził: „Dodatkowo wątpliwości Zamawiającego powinien również wzbudzić fakt, iż w pozycji 3 dotyczącej samej igły oraz w pozycji 6 dotyczącej całego Zestawu występuje ta sama igła, a zatem niemożliwym jest, aby długość występująca w zestawie różniła się od długości samej igły.”. Wskazać należy, że z dokumentu przekazanego przez odwołującego wraz z pismem z dnia

4 maja 2017 r. dotyczącego igły zaferowanej w pozycji 3 w Zadaniu 1 niezbiecie wynika, że igła ta posiada długość 80 mm. Okoliczności tej nie zaprzeczył odwołujący. Powyższe stanowi zatem potwierdzenie, że igła zaferowana w pozycji 6 w Zadaniu nr 1 ma długość 80mm, tak jak igła zaferowana w pozycji 3 w tym samym Zadaniu. Co za tym idzie, zmiana treści katalogu w zakresie parametru długości igły zaferowanej w pozycji 6 Zadania nr 1 stanowiłaby wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego wcześniej przez odwołującego.

Nie jest trafne, w ocenie Izby, posługiwanie się argumentem, że o zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesądzić może już fakt podpisania Formularza ofertowego i tym samym złożenie oświadczenia, że wykonawca posiada cały Zestaw, w skład którego, zgodnie z opisem sporządzonym przez zamawiającego, wchodzi igła Tuohy o długości 90 mm. O kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczące jej treści. Gdyby przyjęć pogląd przeciwny, to treść oferty można byłoby sprowadzić do posłużenia się ogólnikowymi sformułowaniami zamieszczanymi zwyczajowo przez zamawiających we wzorach formularzy ofert, co pozbawiałoby racji bytu szereg procedur wynikających z ustawy Pzp. Oświadczenia takie mogą nabrać większego znaczenia w sytuacjach, w których opis przedmiotu zamówienia nie precyzuje pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania.

Nie przekonały Izby twierdzenia odwołującego o tym, że numery katalogowe są jedynie przykładowe. Skoro zamawiający wymagał wskazania w ofercie numerów katalogowych, to oznacza, że do danego numeru powinny być przyporządkowane określone cechy danego przyrządu. Treść katalogu również wskazuje na to, że numery katalogowe nadawane są przez odwołującego według określonych reguł, jak np. dodanie do nr katalogowego litery „S” w przypadku katetera epiduralnego z końcówką SOFT, czy liter „SN” w przypadku zestawu wraz ze strzykawką niskooporową.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że nie zaistniały podstawy do zastosowania przez zamawiającego procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Brak jest też podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty. Dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie po upływie terminu jej złożenia stanowiąc, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Niewątpliwie wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do zmiany zobowiązania podjętego w ofercie. Dopuszczalna ingerencja w treść oferty ograniczona została do

możliwości poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, które można określić mianem niezamierzonych niedokładności. Poprawianie lub precyzowanie treści złożonej oferty jest niedopuszczalne również z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Należy podkreślić, że to na wykonawcy ubiegającym się o dane zamówienie spoczywa obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: