

**WYROK**  
**z dnia 14 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                    **Agata Mikołajczyk**

**Protokolant:**                        **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez **Odwołującego** – VARIMED Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 5, 53-332 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa,

przy udziale **Wykonawcy** - HAMMERMED Sp. z o.o. Sp. k-a, ul. Kopcińskiego 73/75, 90-033 Łódź, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - VARIMED Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 5, 53-332 Wrocław i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - VARIMED Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 5, 53-332 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa materiałów i osprzętu do zabiegów endoskopowych”. Zdaniem Odwołującego - Varimed Sp. z o. o., w tym postępowaniu Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny z Warszawy naruszył przepisy ustawy Pzp, odrzucając ofertę wykonawcy na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie ponowne rozpatrzenie ofert oraz uznanie oferty firmy Varimed Sp. z o. o. za ważną spełniającą wszystkie wymagania siwz i dokonanie jej wyboru. W uzasadnieniu podał, że jego oferta, która dotyczy pakietu nr 6 (materiały do biopsji) spełnia wszystkie wymagania i jest korzystniejsza cenowo od oferty złożonej przez firmę Hammermed Sp. z o. o. spółka komandytowo-akcyjna, a wybór oferty tego wykonawcy narusza art.7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podał, że Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy zażądał złożenia wyjaśnień wraz z materiałami potwierdzającymi spełnienie przez zaoferowane produkty parametrów wymaganych przez siwz. Firma Varimed przekazała wyczerpującą odpowiedź wraz z materiałami potwierdzającymi stanowisko wykonawcy, na które składały się: wyjaśnienie dotyczące wszystkich podnoszonych kwestii, wyciąg z katalogu potwierdzający, że zaoferowane igły są wyposażone w strzykawkę o pojemności 20 ml - strzykawka VAC120 VacLok 20ml, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty oraz wyciąg ze złożonej oferty potwierdzający, że zaoferowana próżniowa strzykawka jest urządzeniem o pojemności 20ml. Mimo powyższych wyjaśnień to właśnie fakt pojemności strzykawki stał się powodem odrzucenia oferty, o czym wykonawca został poinformowany pismem z dnia 23.10.2012 r. Odwołujący podniósł także, że w dniu 25.10. 2012 r., skierował do Zamawiającego quasi protest wraz z prośbą o powtórzenie czynności badania i wyboru ofert, jednakże Zamawiający nie ustosunkował się w żaden sposób do przesłanej dokumentacji. Wykonawca stwierdził także, że Zamawiający obligowany brzmieniem ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych winien z większą starannością realizować jej postanowienia. Wybór oferenta, którego oferta w tym samym pakiecie różni się o ponad 87.000,00 PLN przy odrzuceniu oferty ważnej i tańszej może stanowić jej poważne naruszenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Hammermed Sp. z o. o. spółka komandytowo-akcyjna wnosząc o oddalenie odwołania. Także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości z uwagi na niezasadność podnoszonych w nim zarzutów.

**Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż zdaniem Izby podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest zasadny. Izba uznała bowiem, że treść oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy, złożonej w terminie wyznaczonym na składanie ofert, nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganym dla Pakietu 6 poz. 5.

Rozpoznając odwołanie Izba uwzględniała przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy - Varimed Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem stwierdził, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań w zakresie pakietu 6 poz. 5 lp. 49 określonych w załączniku nr 3 do siwz z uwzględnieniem udzielonych wyjaśnień [odpowieź na pytanie 13]. W tym przypadku Zamawiający wymagał igły do biopsji pod kontrolą endoultrasonografii jednorazowego użytku w komplecie ze strzykawką próżniową o pojemności 5 i 10 ml. Zezwolił jednocześnie na dostawę strzykawki próżniowej o pojemności 20 ml jednakże, w tym przypadku z (...) możliwości jej nastawy także pojemności dla: 5ml, 10ml, 15ml. Wykonawca VARIMED, w zakresie tego produktu podał w ofercie, że oferuje przedmiot zamówienia o następujących numerach katalogowych: GUS-01-21-019, GUS-01-18-025, GUS-01-18-022, GUS-01-18-022, GUS-01-27-021, GUS GUS-02-18-022 i GUS-02-27-022, których wytwórcą jest podmiot Medi-Globe. Także strzykawki o analogicznych nr katalogowych [GUS-01-21-019, GUS-01-18-025, GUS-02-18-022 oraz GUS-01-18-022] zostały ujęte w arkuszu obliczenia ceny w załączniku nr 4 do oferty.

Zgodnie z pkt VI. 10 specyfikacji dla potwierdzenia, że oferowane produkty spełniają wymagania siwz wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty także deklaracje lub

certyfikat zgodności na przedmiot oferty, wystawiony przez podmiot uprawniony zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie o wyrobach medycznych oraz materiały informacyjne na temat przedmiotu oferty „MI”, w których należało zaznaczyć wymagane parametry. W zakresie tego wymagania wykonawca załączył wyciąg z katalogu SonoTip@IISeriaEUS - Systemy endoskopowo-ultrasonograficzne do biopsji cienko-igłowej i zaznaczył w tabelach - oferowane produkty. W odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący do wyjaśnień dołączył dodatkowe materiały, [str 2 folderu], które wskazują na Akcesoria dla linii Sono-Tip II EUS-FNA" - Igłę aspiracyjną o większej objętości napełniania 20 ml, składającą się ze strzykawki VacLok 20 ml o numerze katalogowym VAC120 oraz przewodu naprowadzającego z nitynolu (...) numerze katalogowym GGW-08-30-400 i stentów drenażowych dla pseudo torbieli o numerach katalogowych GBS-11-08-002, GBS-11-08-005, GBS-11-08-007, GBS-11-08-009, GBS-11-10-002.

Powyższe ustalenie, uwzględniając treść opisu pozycji 5 dla pakietu nr 6 Załącznik nr 3 do siwz potwierdza stanowisko Zamawiającego, że wykonawca zaoferował zestaw, a nie strzykawkę o pojemności 20 ml, oraz, że taki produkt nie został zaoferowany przez wykonawcę. Powyższe ustalenie potwierdza także niezgodność treści oferty Odwołującego w rozpatrywanym zakresie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a uwzględnienie udzielonych wyjaśnień przez wykonawcę na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp mogło tylko prowadzić do nieuprawnionej zmiany treści oferty.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że argumentacja odnosząca się do cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie może być w żadnej mierze uwzględniana dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty na gruncie ustawy Pzp musi odnosić się do oferty, która odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji, zarówno w aspekcie podmiotowym jak i przedmiotowym.

W konkluzji Izba podkreśla, że dla oceny oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kluczowym dokumentem jest Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia, określające wymagania Zamawiającego, a wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do zmiany jej treści. Nie mogą także stanowić samodzielnej podstawy dla oceny zgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego składane przez wykonawcę oświadczenia o zgodności oferty z ustalonymi warunkami. W procedurze badania ofert uwzględnione muszą być również dokumenty wymagane – tak jak w tym postępowaniu deklaracje lub certyfikaty zgodności na przedmiot oferty, wystawione przez podmiot uprawniony zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie o wyrobach

medycznych oraz materiały informacyjne – na potwierdzenie, że oferowany produkt spełnia warunki i parametry określone przez zamawiającego.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:**

.....

