

**WYROK
z dnia 10 lutego 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2015 r. przez wykonawcę SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K., ul. Częstochowska 28/52, 93-121 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elmiko Medical Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 4 oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 4,

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K., ul. Częstochowska 28/52, 93-121 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice na rzecz wykonawcy SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K., ul. Częstochowska 28/52, 93-121 Łódź kwotę 18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (t.j. 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 Katowicach.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice – Ochojec wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę środków czystości - 4 zadania, sygn. postępowania: DZ/3321/153/14.

W dniu 20.01.2015 r. Odwołujący: Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Elmiko Medical Sp. z o.o. (oferta Nr 4), w zakresie zadania Nr 4.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 30 stycznia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z nie podjęciem przez Zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany oraz podjęciem przez niego czynności, do której nie był on uprawniony, w świetle przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz postanowień SIWZ tj. w związku z:

a/ nieodrzczeniem w zakresie zadania Nr 4 oferty firmy Elmiko Medical Sp. z o.o. (oferta Nr 4),

b/ dokonaniem wyboru, jako najkorzystniejszej w zakresie zadania Nr 4 oferty firmy Elmiko Medical Sp. z o.o. (oferta Nr 4),

c/ nie dokonaniem wyboru, jako najkorzystniejszej w zakresie zadania Nr 4 oferty firmy Skamex Sp. z o.o. S.K. z siedzibą w Łodzi (oferta Nr 5), w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę środków czystości - 4 zadania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie, w ramach prowadzonego przez niego w/w postępowania o zamówienie publiczne, przepisów z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przez co naruszony został jego interes prawny, gdyż w/w nieuprawnione, tak działanie jak i zaniechanie działań Zamawiającego, pozbawiło go w sposób całkowicie bezprawny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a którego oferta złożona w w/w postępowaniu przetargowym, w zakresie zadania Nr 4, jest najkorzystniejszą w związku z ustanowionymi w SIWZ w/w postępowania zasadami oceny ofert i została ważnie złożona,

a nie podlega on wykluczeniu.

Odwołujący nie podzielił w/w stanowiska Zamawiającego gdyż;

1. Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w treści SIWZ, oczekiwał, aby zaoferowana w zakresie zadania Nr 4 w poz. 3 myjka do toalety pacjenta była m.in. (...) o wymiarach 20x20cm, (...) w całkowicie izolowanym, zamykanym opakowaniu posiadającym warstwę termoizolacyjną wewnątrz opakowania pomagającym utrzymać temperaturę myjek. Natomiast zaoferowany w zakresie zadania Nr 4 w poz. 3 przez firmę Elmiko Medical Sp. z o.o. produkt firmy TTM Saglik o nr kat. AB 0040, to rękawica w innym niż wymagany w treści SIWZ rozmiarze 15x24cm, która nie posiada wymaganej treścią SIWZ warstwy termoizolacyjnej wewnątrz opakowania, pomagającej utrzymać temperaturę myjek.

2. Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w treści SIWZ, oczekiwał, aby zaoferowane w zakresie zadania Nr 4 w poz. 2 ściereczki, były w rozmiarze 22x22cm, a w ich składzie winien znajdować się m.in. (...) aloes. Zaoferowany przez firmę Elmiko Medical Sp. z o.o. w zakresie zadania Nr 4 w poz. 2 produkt firmy Clinell o nr kat. CCCW25 posiada inny niż wymagany w SIWZ rozmiar, tj. 20x30cm i nie posiada w swoim składzie aloesu wymaganego w treści SIWZ.

Odwołujący zauważył, że fakt, iż Zamawiający „zapomniał” w treści SIWZ przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, w celu sprawdzenia wiarygodności oświadczeń wykonawców, co do oferowanych przez nich wyrobów, zażądać dołączenia do składanych przez nich ofert, dowodów w postaci np. folderów, ulotek lub próbek, potwierdzających spełnianie wszystkich bez wyjątku, a wymaganych treścią SIWZ, parametrów, nie zwalnia go z dokonania skrupulatnej i wykonanej z dołożeniem należytej staranności, oceny i weryfikacji ofert w zakresie przesłanki zgodności ich treści z treścią SIWZ m.in. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

W swoim odwołaniu wskazał również, że zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia treści oferty wykonawcy stanowią nie tylko prawo zamawiającego, ale i swoisty obowiązek w korelacji z przepisami nakazującymi mu dokonanie skrupulatnej, wykluczającej jakiegokolwiek wątpliwości (np. zgłaszanych przez innych uczestników postępowania), co do uznania ocenianej w danym postępowaniu oferty za ważnie złożoną i nie podlegającą odrzuceniu w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1. uznanie wniesionego odwołania za zasadne,

2. **nakazanie** Zamawiającemu:

a/ dokonania, w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, unieważnienia czynności wyboru, w zakresie zadania Nr 4, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Elmiko Medica Sp. z o.o. (oferta Nr 4),

b/ dokonania, w zakresie zadania Nr 4 w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania odrzucenia oferty firmy Elmiko Medical Sp. z o.o. (oferta Nr 4) w oparciu o podstawę prawną z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

c/ dokonania, w zakresie zadania Nr 4 w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, wyboru oferty najkorzystniejszej spośród jedynie ważne złożonych ofert, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym odwołania z załącznikami, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty wykonawcy Elmiko Medical Sp. z o.o., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 stycznia 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt. 2, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, a także czy powinien przez dokonaniem tej czynności wyjaśnić treść oferty złożonej przez Elmiko Medical Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 2b do SIWZ – formularz cenowy zadanie nr 4 w poszczególnych pozycjach, w spornym zakresie pod pozycjami 2 i 3 opisał wymagania dotyczące zamawianego asortymentu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w poz.2 tego formularza wymagał ściereczki do toalety pacjenta w rozmiarze 22x22cm, o właściwościach czyszczących, nawilżających, usuwających przykry zapach oraz ochronny poprzez pozostawienie bariery dimetikonowej chroniącej przed zapaleniem skóry i odleżynami związanymi z nietrzymaniem stolca i moczu. W składzie 3% dimetikon, niesplukiwany preparat oczyszczający o zrównoważonym pH, aloes, witamina E, dezodorant. Pakowane w zamykanym pudełku umożliwiającym wielokrotne otwarcie.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w poz.3 tego formularza wymagał myjki o świeżym zapachu do toalety pacjenta, o naturalnym pH, hipoalergiczne, wstępnie nawilżone o wymiarach 20x20cm W składzie: niewymagający splukiwania roztwór oczyszczający i nawilżający z zawartością aloesu, witaminy E oraz simetikonu, w całkowicie izolowanym, zamykanym opakowaniu posiadającym warstwę termoizolacyjną wewnątrz opakowania pomagającym utrzymać temperaturę myjek oraz zapewniającym możliwość podgrzewania w kuchenke mikrofalowej do 30s. przy mocy 1000W W op. 8szt.

Odwołujący w swojej ofercie w formularzu cenowym zadanie nr 4 w pozycji 2 zaoferował ściereczki do toalety producenta Clinell CCCW25, a w pozycji nr 3 myjki o świeżym zapachu producenta TTM Saglik AB0040.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy – według zapatrywania Izby - wskazuje na to, że oświadczenie woli złożone w ofercie Elmiko Medical Sp. z o.o. mogło nie być ścisłe, wobec możliwości zaproponowania przez tego wykonawcę świadczenia nie spełniającego parametrów SIWZ.

Załączone na rozprawie przez Odwołującego wyciągi z kart katalogowych z opisami tam zawartymi, a także złożone na rozprawie produkty producenta Clinell CCCW25 i producenta TTM Saglik AB0040 wskazują na to, że wymiary tych produktów i ich zawartość(brak aloesu), a także ich inne braki (myjka nie posiada warstwy termoizolacyjnej) nie odpowiadają powyższym parametrom treści SIWZ.

Zamawiający wprawdzie nie żądał w SIWZ załączenia kart katalogowych do oferty, jednak taka sytuacja nakłada na niego obowiązek posiadania wiedzy o dostarczanej produkcie, której jak sam przyznał nie posiadał.

Jeżeli Zamawiający w SIWZ nie zadbał w sposób dostateczny o własny interes, to w takim wypadku powinien szczególnie starannie zbadać zaoferowany przedmiot zamówienia,

a przede wszystkim wyjaśnić z Elmiko Medical Sp. z o.o. w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp czy ten zaoferował przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami w spornym zakresie.

W ocenie Izby niedopuszczalne jest zachowanie, gdy Zamawiający powziął prawdopodobną wiadomość o możliwości wystąpienia sytuacji podania przez wykonawcę oświadczenia woli nieodpowiadającego stanowi rzeczywistości, o treści kolidującej z treścią SIWZ, gdzie Zamawiający nie zmierzał do wyjaśnienia tego stanu rzeczy.

Nie jest również dla Izby przekonywująca argumentacja Zamawiającego, że przedmiot zamówienia będzie badany na etapie jego odbioru, biorąc pod uwagę prawdopodobieństwo wystąpienia kolizji treści oferty z treścią SIWZ, a także zważywszy na obecny brak wiedzy Zamawiającego o spornych produktach.

Ostatecznie za bezpodstawne należy uznać twierdzenie Zamawiającego, że oferta zaproponowana przez Elmiko Medical jest tylko ofertą przykładową, ponieważ oferta złożona w przetargu nieograniczonym nie jest negocjowana i nie podlega zmianom.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....