

Sygn. akt: KIO 2317/13

WYROK

z dnia 9 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r. przez wykonawcę **Mercant Sp. z o. o., 94-104 Łódź, ul. Obywatelska 152** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki”, 93-338 Łódź, ul. Lektykarska 14,**

przy udziale wykonawcy **Górnośląskiej Centrali Zaopatrzenia Medycznego „ZARYS” Sp. z o. o., 41-808 Zabrze, ul. Pod Borem 18** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i w zakresie Pakietu nr 42 nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Mercant Sp. z o. o., 94-104 Łódź, ul. Obywatelska 152,** dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Mercant Sp. z o. o., 94-104 Łódź, ul. Obywatelska 152;**

2. kosztami postępowania obciąża **przystępującego Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego „ZARYS” Sp. z o. o., 41-808 Zabrze, ul. Pod Borem 18** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Mercant Sp. z o. o., 94-104 Łódź, ul. Obywatelska 152,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **przystępującego Górnośląskiej Centrali Zaopatrzenia Medycznego „ZARYS” Sp. z o. o., 41-808 Zabrze, ul. Pod Borem 18** na rzecz **odwołującego Mercant Sp. z o. o., 94-104 Łódź, ul. Obywatelska 152,** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa materiałów opatrunkowych, produktów medycznych stosowanych przy drenowaniu i cewnikowaniu oraz produktów medycznych stosowanych przy zabiegach na salach operacyjnych i gabinetach zabiegowych dla Instytutu CZMP”.

W dniu 18 września 2013 r., zamawiający poinformował o wyniku przedmiotowego postępowania wskazując w ramach Pakietu nr 42, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego „ZARYS” Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze [dalej także, jako „ZARYS” Sp. z o. o.]. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), [dalej także, jako „Pzp”], odrzucił w zakresie Pakietu nr 42 ofertę wykonawcy Mercant Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, iż wymagał, aby worki do przyrządzania mieszaniny pozajelitowej zaoferowane w Pakiecie nr 42 pozycja 2, posiadały skalę 6 stopniową, podczas gdy wykonawca Mercant Sp. z o. o. zaoferował worki ze skalą 10 stopniową.

Wobec powyższych działań zamawiającego w dniu 27 września 2013 r., odwołanie złożył wykonawca Mercant Sp. z o. o. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty w zakresie Pakietu nr 42, mimo że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”],
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 42 jak i poprzez dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez ZARYS Sp. z o. o., jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 42.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru w zakresie Pakietu 42, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZARYS Sp. z o. o.,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,
- 4) dokonania czynności wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż faktem jest, że zaoferowane przez niego worki do przyrządzania mieszaniny pozajelitowej w Pakiecie 42 w pozycji 2 posiadają skalę

10 stopniową, jednakże z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że niedopuszczalne jest zaoferowanie worków o bardziej szczegółowej skali niż 6 stopniowa. Odwołujący wskazywał, iż worek ze skalą 10 stopniową spełnia wymaganie posiadania skali 6 stopniowej, bowiem 10 stopni to więcej niż 6 stopni. W konsekwencji Odwołujący podnosił, iż zamawiający dokonał nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa materiałów opatrunkowych, produktów medycznych stosowanych przy drenowaniu i cewnikowaniu oraz produktów medycznych stosowanych przy zabiegach na salach operacyjnych i gabinetach zabiegowych dla Instytutu CZMP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2013 r., pod numerem 2013/S 139-241122.

Zgodnie z treścią SIWZ, rozdz. III, § 3 zamawiający podzielił zamówienie na 44 Pakiety i dopuścił składanie ofert częściowych, tj. na poszczególne pakiety. W zakres Pakietu 42 wchodziły 2 pozycje:

- 1) worek do przyrządzania mieszaniny pozajelitowej o poj. 200-250 ml,
- 2) worek do przyrządzania mieszaniny pozajelitowej o poj. 500 ml.

W zakresie pozycji nr 2 pakietu 42 zamawiający wskazał, iż „(...) worek powinien być wykonany z materiału typu EVA, nie zawierającego ftalanów i plastyfikatorów –DEHP oraz lateksu, worek powinien zawierać skalę 6 stopniową. Opakowanie zewnętrzne powinno zawierać informację o produkcie w języku polskim (nie będzie uznawana doklejona etykieta i pieczętka), z oznaczeniem nr serii, sterylizacji oraz warunków przechowywania. Worek powinien posiadać 3 porty + wejście z końcówką luer.”

Zgodnie z postanowieniami rozdz. XIII, § 84 SIWZ zamawiający wskazał, iż przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował kryterium cena, dla którego przypisał wagę 100%.

Do upływu terminu składania ofert, na pakiet 42 swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Fresenius Kabi Polska Sp. z o. o. na kwotę 345.600,00 zł brutto,
- 2) Aesculap – Chifa Sp. z o. o. na kwotę 272.700,00 zł brutto,
- 3) NEOMED Barbara S. na kwotę 164.700,00 zł brutto,
- 4) Depol Sp. z o. o. na kwotę 235.710,00 zł brutto,

- 5) ZARYS Sp. z o. o. na kwotę 256.500,00 zł brutto,
- 6) Mercant Sp. z o. o. na kwotę 229.500,00 zł brutto.

Izba ustaliła, iż wykonawca Mercant Sp. z o. o. w ramach pozycji 2 Pakietu 42 zaferował worek o pojemności 500 ml zawierający skalę 10 stopniową o podziałce 50 ml.

Pismem z dnia 18 września 2013 r., zamawiający poinformował o wyniku przedmiotowego postępowania wskazując w ramach Pakietu 42, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Górnośląską Centralę Zaopatrzenia Medycznego „ZARYS” Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił w zakresie Pakietu 42 ofertę wykonawcy Mercant Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi. W uzasadnieniu wskazał, iż wymagał, aby worki do przyrządzania mieszaniny pozajelitowej opisane w pozycja 2 w/w pakietu, posiadały skalę 6 stopniową, podczas gdy wykonawca Mercant Sp. z o. o. zaferował worki ze skalą 10 stopniową.

Czynności powyższe leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 27 września 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ZARYS Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 4 października 2013 r., do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, zgodnie z którą zamawiający oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 8 października 2013 r., w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca ZARYS Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia odwołującego i sprzeciwiającego się złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w przypadku jego uwzględnienia oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez odwołującego. W ocenie Izby nie zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego. Bezsprzeczne jest, iż worek zaoferowany przez odwołującego opatrzony jest skalą 10-stopniową jednakże wobec braku w tym zakresie jednoznacznego i niebudzącego wątpliwości wymogu zamawiającego, nie sposób uznać, iż przesądza to o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. W ocenie Izby posłużenie się zwrotem „powinien”, mając na względzie wszystkie ustalenia faktyczne przedmiotowej sprawy, nie może być postrzegane, jako wymóg bezwzględny, jednoznaczny i rozumiany tak samo. Zarówno worek zaoferowany przez przeciwiwającego się ze skalą 6 stopniową jak i worek zaoferowany przez odwołującego ze skalą 10 stopniową zawierają podziałkę, co 50 ml. Zatem zarówno z użyciem jednego czy drugiego worka da się sporządzić dokładnie taką samą ilość mieszaniny. Skale te nie różnią się od siebie w odmierzaniu ilości mieszaniny, gdyż oba worki są workami o pojemności 500 ml jak wymagał zamawiający. W przedmiotowej sprawie, dokonując porównania zaoferowanych worków, należało uznać, iż worek zaoferowany przez odwołującego ze skalą 10 stopniową zawiera również skalę 6 stopniową. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż fakt zaoferowania przez wykonawcę rozwiązania w jego ocenie lepszego, bardziej szczegółowego, nowocześniejszego, itp. nie będzie automatycznie oznaczać, że rozwiązanie takie zgodne jest również z wymogami zamawiającego gdyż jest lepsze. To zamawiający, jako gospodarz postępowania i tylko on uprawniony jest, oczywiście z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, do decydowania, jakie rozwiązanie realizować będzie w pełni cel postępowania. Każdorazowo ocena taka musi odbywać się z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, w tym postanowień SIWZ, ewentualnych odpowiedzi zamawiającego. Tym samym uwzględniając wszystkie okoliczności przedmiotowej sprawy, wobec niejednoznacznych zapisów SIWZ, co do bezwzględności wymogu oznaczenia skalą 6 stopniową, wątpliwości te należało rozstrzygnąć na korzyść odwołującego. W ocenie Izby, ewentualna niejednoznaczność zapisów SIWZ nie może rodzić negatywnych skutków wobec wykonawców podczas badania i oceny ofert.

Reasumując, uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za zasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o § 5 ust. 2 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: