

Sygn. akt: KIO 1637/11

**WYROK**  
z dnia 11 sierpnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**            **Paweł Trojan**

**Protokolant:**                **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01.08.2011 r. przez wykonawcę **Eurocor Polska Spółka z o.o., Pl. Inwalidów 10, 01-552 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „EZ/ZP/32/2011 Koronarografia” (znak EZ/ZP/32/2011),

przy udziale wykonawcy **BALTON Spółka z o.o., ul. Nowy Świat 7 m 14, 00-496 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, nakazuje wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dokumentów potwierdzających, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania zamawiającego, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem ustaleń poczynionych w ramach uzupełnienia dokumentów**

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Eurocor Polska Spółka z o.o., Pl. Inwalidów 10, 01-552 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce** na rzecz **Eurocor Polska Spółka z o.o., Pl. Inwalidów 10, 01-552 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1637/11**

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „EZ/ZP/32/2011 Koronarografia” (znak EZ/ZP/32/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **20.04.2011 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **22.04.2011 r.** ogłoszenia o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 79-129937.

W dniu **21.07.2011 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie pakietu nr 9 (stent wieńcowy na balonie kobaltowo-chromowym 200 szt.) i odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **01.08.2011 r.** od czynności Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, związanych z badaniem i oceną ofert, podjętych w ramach pakietu nr 9 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu medycznego do zabiegów koronarografii i angioplastyki naczyń wieńcowych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (Znak postępowania: EZ/ZP/32/2011 „KORONAROGRAFIA”).

Odwołujący wskazał następujące czynności Zamawiającego przeprowadzone z naruszeniem ustawy Pzp:

1. wybór najkorzystniejszej oferty tj. oferty nr 3 Balton Spółka z o.o. na pakiet nr 9 - stent wieńcowy na balonie kobaltowo-chromowym,
2. czynność polegającą na odrzuceniu oferty nr 8 Odwołującego na pakiet nr 9 - stent wieńcowy na balonie kobaltowo-chromowym.
3. zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnośnie wyjaśnienia treści oferty wobec nieścistości w jej treści dotyczącej spełnienia warunku wskazanego w SIWZ.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił:

1. Naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp na skutek

niewłaściwego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 i bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co nastąpiło w konsekwencji naruszenia art. 82 ust. 3 przez mylne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie spełnia wymagań SIWZ.

2. Art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, którego oferta nie mogła być uznana za najkorzystniejszą jako, że znacząco odbiegała pod względem kryterium ceny od oferty Odwołującego.

3. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie nieścisłości dotyczącej rozmiaru średnicy stentu wynoszącej 2.25 mm dla długości stentu wynoszącego 27 mm, która wynikała z błędu drukarskiego w treści folderu załączonego do oferty.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Zamawiającego,
3. nakazania Zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień co do nieścisłości w treści oferty Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
4. nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oceny oferty Odwołującego.
5. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania wraz z kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że SIWZ oraz załącznik do SIWZ nr 1 - parametry techniczne zamówienia, dotyczące zamówienia na Pakiet nr 9 - dostawa stentów wieńcowych na balonie kobaltowo- chromowym, stawiały następujące warunki potencjalnym wykonawcom w zakresie dostawy ww. produktów medycznych (poz. nr 348 załącznika nr 1): „minimalny wymagany przedział długości stentów od 9,0 mm do 24,0 mm w maksymalnych odstępach do 5 mm”. Zamawiający zażądał podania wymiarów oferowanych produktów.

W treści Oferty Odwołującego (strona nr 8 Oferty) Wykonawca wskazał w pozycji 348 Tabela E Załącznika nr 1 następujące wymiary: długości 9,13,15,19, 23, 27, 30.

Odwołujący podniósł, iż pismem z dnia 20 lipca 2011r. doręczonym Odwołującemu w formie faksu w dniu 21.07.2011r. (dowód: potwierdzenie otrzymania faksu z dnia 21 07 2011r. Godz. 12:49 od Zamawiającego) Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, informację o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz informację o unieważnieniu postępowania w części zamówienia.

W powyższym piśmie Zamawiający w zakresie dotyczącym oferty nr 8 złożonej przez Odwołującego dla Pakietu nr 9 wskazał, iż oferta została odrzucona ponieważ:

- wymagano przedział długości stentów od 9,0 mm do 24 mm - dla średnicy stentu 2,25 mm, zaś zaoferowany przedział długości to od 9,0 mm do 23 mm. W konkluzji Zamawiający stwierdził, iż oferowany przedmiot medyczny nie spełnia wymogów SIWZ, a oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego z decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Na wstępie rozważań Odwołujący wskazał na znaczenie literalnej wykładni warunku postawionego w treści pozycji nr 348 Załącznika nr 1 do SIWZ. Mianowicie Zamawiający zażądał aby produkty spełniały następujące warunki:

1. minimalny wymagany przedział długości stentów wynosił od 9,0 mm do 24,0 mm
2. maksymalne odstępy pomiędzy poszczególnymi długościami nie przekraczały 5 mm.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika a contrario, iż Zamawiający wymagał aby żaden z oferowanych produktów nie był krótszy niż 9 mm (przymiotnik „minimalny” w odniesieniu do rozmiaru 9 mm należy rozumieć jako „nie krótszy niż”) i aby w ofercie znajdowały się produkty z przedziału nie węższego niż 9 - 24 mm (przymiotnik „minimalny” w odniesieniu do rozmiaru 24 mm należy również rozumieć jako „nie krótszy niż”).

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że Zamawiający chcąc zamówić produkty mieszczące się wyłącznie w przedziale 9 - 24 mm winien wskazać, iż wymagany przedział długości stentów winien zamykać się w przedziale 9 - 24 mm, co mogłoby być jednoznacznie zrozumiane, iż Zamawiający żąda dostaw produktów o wymiarach od 9 mm do 24 mm włącznie. Posiłkując się zaś określeniem „minimalny” Zamawiający dopuścił możliwość dostaw produktów z zakresu od 9 mm do ponad 24 mm, jako że z celowościowej wykładni sformułowania Zamawiającego wynika, iż jego intencją było uzyskanie dostaw materiałów medycznych o różnych długościach, ale nie krótszych niż 9 mm i nie krótszych niż 24 mm.

Odwołujący wskazał, że przedstawił ofertę na następujące długości: 9, 13, 15, 19, 23, 27, 30 mm i tym samym stwierdzić należy, iż oferta Odwołującego mieściła się w „minimalnym” zakresie wymagań Zamawiającego, jako że zawierała produkty nie krótsze niż 9 mm i nie krótsze niż 24 mm, zaś żaden z przedziałów długości pomiędzy ww. rozmiarami nie przekraczał długości 5 mm, co jednoznacznie wskazuje na zgodność treści oferty z wymogami SIWZ.

Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, iż stwierdzenie Zamawiającego o niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ nie jest trafne i nie zasługuje na uwzględnienie. Oceniając ofertę Odwołującego zgodnie z wykładnią warunków zamówienia Zamawiający winien uznać, iż warunki wskazane w pozycji nr 348 Załącznika nr 1 do SIWZ, zostały przez Odwołującego spełnione. Oferta winna zostać poddana ocenie, stosownie do treści art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przez pryzmat spełnienia warunku jakości oferowanych produktów i ceny, jaką Odwołujący zaproponował.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1973/10, gdzie wskazano iż: „Przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania wyrażonego w ofercie z zakresem zobowiązania, które chce uzyskać zamawiający, i które opisał w SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ skutkująca odrzuceniem oferty musi wynikać w sposób niebudzący wątpliwości z treści tych dokumentów i nie może być domniemana (...)”.

Wskazał na kolejne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2010r, sygn. akt: KIO/UZP 1928/10 gdzie zostało wskazane, że: „W sytuacji, w której zamawiający opracowując treść SIWZ posłuży się parametrami nieostrymi bądź opis pozwalał będzie na zaoferowanie różnego przedmiotu, to nie można takiej sytuacji oceniać na niekorzyść wykonawcy, tak by to on ponosił negatywne konsekwencje zaniechań zamawiającego”.

Zdaniem Odwołującego opisana w cytowanej wyżej tezie orzeczenia Izby sytuacja faktyczna, znajduje odzwierciedlenie w realiach przedmiotowego postępowania. Skoro bowiem Zamawiający sprecyzował parametry produktów w taki sposób, że mogą pojawiać się wątpliwości po obu stronach postępowania co do treści wykładni tych zapisów, to Odwołujący uprawniony jest do sprecyzowania oferty w sposób zgodny z zakresem wykładni literalnej i celowościowej spornego sformułowania.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na ogólnikowość uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w odniesieniu do zarzutu nr 3 niniejszego odwołania wskazał, iż w przypadku gdyby Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnił warunku z SIWZ traktującego o wymaganej średnicy stentu w rozmiarze średnicy wynoszącej 2.25 mm dla długości z zakresu 9-24 mm poprzez nie zaoferowanie stentu o długości 27 mm w rozmiarze 2.25 mm średnicy, podał co następuje.

Odwołujący przyznał, iż w treści folderu dotyczącego stentów Genius Magic wystąpił błąd drukarski dotyczący rozmiarów 2.25 mm dla długości 27 mm, oraz 2.5 mm dla długości 30 mm. Obydwa rozmiary średnic są bowiem dostępne. Wykonawca wskazał w treści Załącznika nr 1, iż dla rozmiaru średnicy 2.25 mm oferuje pełen zakres długości stentów tj. 9 mm - 30 mm. W przypadku gdyby Zamawiający zakwestionował zgodność oferty z SIWZ wskazując na treść informacji wskazanej na stronie 59 oferty, w treści której mylnie wskazano, iż rozmiar długości stentu 27 mm nie występuje dla rozmiaru średnicy 2.25 mm, to bacząc na ustawowy obowiązek stypizowany w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do wykrytej nieścisłości. Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest wyrazem naruszenia ww. przepisu, jako że wezwanie do złożenia wyjaśnień w takim przypadku jest obligatoryjne.

Mając zaś na uwadze, iż cena oferty nr 8 na Pakiet nr 9 w przedmiotowym postępowaniu jest najniższa spośród ocenianych ofert (102.000,00 z brutto), Odwołujący

wskazał, iż posiada interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania i żądania unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i wyboru oferty Balton oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W dniu **01.08.2011 r.** Zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania;

W dniu **03.08.2011 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy BALTON Spółka z o.o.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie nieścisłości w treści oferty dotyczących spełnienia wymogów określonych w SIWZ oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez wykonawcę Eurocor Polska Spółka z o.o., korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z najniższą ceną. Odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia, co również powoduje, iż została wypełniona przesłanka związana z możliwością poniesienia szkody będącej konsekwencją zaskarżonej czynności Zamawiającego.

Za zasadniczy dowód Izba uznała treść SIWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również ofertę złożoną w postępowaniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskutek odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale III zatytułowanym „Przedmiot zamówienia” zawarł następujący zapis „Lecznice środki techniczne do wykonywania zabiegów koronarografii i przeskrórnej angioplastyki naczyń wieńcowych szczegółowo określone w PAKIETACH 1-42 – szczegółowe wymagane parametry techniczne określa załącznik nr 1 do niniejszej siwz”.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale XI zatytułowanym „Inne dokumenty stanowiące ofertę” wskazał następujące dokumenty:

1. Dokument świadczący, że oferowany przedmiot zamówienia jest zarejestrowany i dopuszczony do obrotu zgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 o wyrobach medycznych (Dz. U. z dn. 30 kwietnia 2004 r. Nr 93 poz. 896) – deklaracja zgodności CE, bądź wpis (ewentualnie zgłoszenie) do rejestru wyrobów medycznych, w przypadku braku konieczności posiadania – oświadczenie. Dokument należy oznaczyć numerem pakietu którego dotyczy.
2. Materiały informacyjne/opis techniczny produktu (foldery, karty katalogowe) w języku polskim z zaznaczeniem oferowane przedmiotu pozwalające zamawiającemu na stwierdzenie spełniania wymaganych parametrów. Dokument należy oznaczyć numerem pakietu, którego dotyczy.



4. Wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy Formularz wymaganych parametrów technicznych zał. Nr 1 siwz.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ zatytułowanym „ELEMENTY ZESTAWU Załącznik nr 1 siwz” wskazał dla pakietu nr 9 obejmującego stent wieńcowy kobaltowo-chromowy w balonie następujące parametry w zakresie wymiarów stentów:

- „minimalny wymagany przedział długości stentów od 9,0 mm do 24,0 mm w maksymalnych odstępach do 5 mm” nakazując w kolumnie nr 4 zatytułowanej „parametr graniczny/wartość” potwierdzenie spełnienia tegoż warunku poprzez wpisanie słowa „TAK” i podanie wymiarów;
- „minimalny wymagany przedział średnic stentów od 2,25 mm do 4,0 mm” nakazując w kolumnie nr 4 zatytułowanej „parametr graniczny/wartość” potwierdzenie spełnienia tegoż warunku poprzez wpisanie słowa „TAK” i podanie wymiarów.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie dla pakietu nr 9 przedłożył na stronie nr 8 formularz sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ i wskazał następujące dane techniczne dla następujących parametrów:

- „nazwa produktu”: poprzez wpisanie nazwy „Genius Magic”;
- „numer katalogowy produktu lub grupy”: poprzez wpisanie nazwy „od GMCC 2,25-9 do GMCC 4,0-30”;
- „producent: poprzez wpisanie nazwy „Eurocor GmbH”;
- „minimalny wymagany przedział długości stentów od 9,0 mm do 24,0 mm w maksymalnych odstępach do 5 mm”: poprzez wpisanie w kolumnie nr 6 słowa „TAK” i określenie oraz zaoferowanie następujących długości: 9; 13; 15; 19; 23; 27; 30 mm;
- „minimalny wymagany przedział średnic stentów od 2,25 mm do 4,0 mm”: poprzez wpisanie w kolumnie nr 6 słowa „TAK” i określenie oraz zaoferowanie następujących średnic: 2,25; 2,5; 2,75; 3,0; 3,5; 4,0 mm.

Ponadto Izba ustaliła, iż Odwołujący na str. 38 oferty zamieścił kopię certyfikatu badania konstrukcji zarejestrowanego pod numerem Z/10/02227 dla oferowanych materiałów w ramach pakietu nr 9 (wraz z tłumaczeniem dokumentu znajdującym się na str. 40 oferty), jak również na str. 39 oferty aneksu nr 1 do certyfikatu Z/10/02227 (wraz z tłumaczeniem dokumentu znajdującym się na str. 41 oferty).

Z powyższego dokumentu certyfikatu wynika, iż przedmiotem certyfikacji jest konstrukcja urządzeń wymienionych w aneksie nr 1 do niniejszego certyfikatu, która to konstrukcja spełnia wymogi określone w aneksie 11.4 do Dyrektywy 93/42/EEC o urządzeniach medycznych. Jako data początkowej certyfikacji została wskazana data 18.04.2005 r., jako data przedłużenia 17.09.2010 r., zaś jako data ważności 18.04.2015 r. Jako producent został wskazany EuroCOR GmbH, Rheinwerkalle 2; D-53227 Bonn, Niemcy.

Z aneksu nr 1 do certyfikatu wynika, iż certyfikat Z/10/02227 zachowuje ważność dla urządzeń stentów wieńcowych „Genius Magic” m.in. o następujących symbolach GM CC 2,25-27, GM CC 2,25-30 oraz GM CC 2,50-30.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż na str. str. 54-61 znajdują się foldery reklamowe dla urządzeń oferowanych w ramach pakietu nr 9, tj. stenty Genius Magic – super cienki kobaltowo-chromowy stent wieńcowy z systemem wprowadzającym wraz z tłumaczeniem powyższych dokumentów na język polski znajdującym się na str. str. 62-67.

Informacji znajdującej się na str. 59 oferty (tłumaczenie str. 66) wynika, iż dla stentu o średnicy 2,25 mm brak jest długości 27 i 30 mm, zaś dla stentu o średnicy 2,50 mm brak jest długości 30 mm.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 20.07.2011 r. poinformował w dniu 21.07.2011 r. Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania. W zakresie pakietu nr 9 za najkorzystniejszą została uznana oferta nr 3 złożona przez wykonawcę BALTON Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną ofertową 112.320,00 zł brutto, zaś oferta Odwołującego się wykonawcy EUROCOR Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną ofertową 102.000,00 zł została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający wskazał, iż: „Wymagano przedziału długości dla stentów od 9,0 mm do 24 mm – dla średnicy stentu 2,25 mm, zaoferowany przedział długości to od 9,0 mm do 23 mm. Oferowany przedmiot medyczny nie spełnia wymogów siwz. Oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Z powyższą czynnością nie zgodził się Odwołujący składając przedmiotowe odwołanie.

Na wstępie należy wskazać, iż analiza prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna być oceniana w pryzmacie podstawy faktycznej odrzucenia oferty, której odzwierciedlenie powinno znaleźć się w uzasadnieniu powyższej czynności.

Izba pragnie również wskazać, w odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy, iż każdy dokument lub oświadczenie składane przez wykonawcę wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być przedmiotem uzupełnienia w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takim wypadku istotne znaczenie ma kwalifikacja żądanych przez Zamawiającego w toku postępowania dokumentów oraz oświadczeń. W tym zakresie istotne znaczenia ma fakt, czy dokumenty i oświadczenia te są przedmiotem normy prawnej wyrażonej w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym, czy podpadają pod ich przykładowy

katalog ujęty w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

Należy także wskazać, iż zamawiający każdorazowo dokonując opisu przedmiotu zamówienia może ująć w nim dwa rodzaje postanowień. Jednym z nich są postanowienia obejmujące elementy przedmiotu zamówienia, które stanowią treść merytoryczną SIWZ i mają charakter bezwzględnie obowiązujący, tj. nie mogą ulec modyfikacji przez wykonawców. Do takich elementów można przykładowo zaliczyć: termin realizacji przedmiotu zamówienia, wiążący dla wykonawców zakres funkcjonalności, jak również parametry graniczne dla oferowanych urządzeń. W tym zakresie zamawiający nie pozostawia wykonawcom w zasadzie żadnej dowolności i możliwości odrębnego kształtowania tego rodzaju elementów, tj. przy braku możliwości złożenia oferty wariantowej lub braku przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert każde odstępstwo powodujące, iż tego rodzaju elementy przedmiotu zamówienia nie zostaną w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy potwierdzone będzie stanowiło o niezgodności treści merytorycznej oferty z treścią SIWZ. Do drugiego rodzaju elementów oferty dotyczących przedmiotu zamówienia należą oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą w celu wykazania przez wykonawców, iż oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Dla tego rodzaju dokumentów zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich formy i treści, gdyż z treści powyższych dokumentów i oświadczeń winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Są one zatem swego rodzaju środkami dowodowymi, którymi wykonawca wykazuje spełnienie pożądanых przez zamawiającego cech przedmiotu zamówienia. Powyższe dokumenty i oświadczenia mogą zostać sporządzone przez samego wykonawcę i mogą obejmować przykładowo dokumentację techniczną lub wszelkiego rodzaju oświadczenia, do których zaliczyć można m.in. deklaracje zgodności. W drugiej grupie mogą zostać zawarte dokumenty sporządzone przez podmioty trzecie (np. jednostki certyfikujące wystawiające certyfikaty jakości, wytwórców wyrobów wystawiający deklaracje zgodności bądź podmioty wystawiające aprobaty techniczne). Tym samym, ze względu na wskazane powyżej przykłady, dla określenia, czy mamy do czynienia z dokumentem wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp fakt, jaki podmiot jest ich wystawcą, jak również fakt, jaki jest rodzaj tego dokumentu lub jego forma mogą mieć znaczenie w zależności od ustalonych okoliczności danego postępowania. Jest to wynikiem przewidzianego w SIWZ sposobu potwierdzania przez wykonawców zakresu i rodzaju świadczenia. Z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika zaś, że każde oświadczenie bądź dokument składane przez wykonawców na potwierdzenie,

że oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego może być przedmiotem wezwania na podstawie powyższego przepisu. I choć wyżej wskazane dokumenty nie stanowią treści oferty to potwierdzają one w sposób pośredni, iż treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Dokumenty te pozwalają ocenić, iż oferowana przez wykonawcę dostawa, usługa lub robota budowlana jako taka spełnia oczekiwania zamawiającego.

W odniesieniu do przesłanki faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. Zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposobu realizacji przedmiotu umowy winien być zgodny z przedmiotem zamówienia opisanym w treści SIWZ i załącznikach do niej. Jednakże w przypadku przedmiotu zamówienia mamy w ustawie Prawo zamówień publicznych do czynienia ze specyficznymi regulacjami. Otóż wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez zamawiającego może przedkładać w ofercie własne oświadczenia (harmonogramy rzeczowo – finansowe, kosztorysy, plany, koncepcje, projekty itp.) oraz dokumenty własne lub wystawione przez podmioty trzecie (aprobaty techniczne, deklaracje zgodności, certyfikaty, specyfikacje techniczne, katalogi, foldery, itp.). Powyższe przykładowe pozycje nie stanowią jednak katalogu zamkniętego, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego określonych dokumentów i oświadczeń. Jednakże powyższy przepis, na skutek poprzedzenia zawartego w jego treści wykazu zwrotem „w szczególności” wskazuje, iż wykaz ten ma jedynie charakter przykładowy, tj. nie stanowi on katalogu zamkniętego.

Należy wskazać, iż zasadniczy spór pomiędzy stronami w ramach niniejszego postępowania odwoławczego polega na kwalifikacji dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą. W ocenie Zamawiającego, czego dał wyraz w toku rozprawy, foldery i dokumentacja techniczna oferowanych przez Odwołującego stentów w ramach pakietu nr 9 stanowi merytoryczną treść oferty i tym samym w odniesieniu do nich nie mogą zostać zastosowane instytucje wyjaśniania oraz uzupełniania dokumentów uregulowane w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego powyższe czynności stanowiłyby niedopuszczalną ingerencję w treść oferty i tym samym nieuprawnioną czynność

negocjowania jej treści. Izba wskazuje, iż przywołane przez Zamawiającego na potwierdzenie swojego stanowiska orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w postaci wyroku z dnia 7 maja 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 536/09 zostało wydane w zupełnie odmiennym stanie faktycznym od niniejszego. W przywołanym orzeczeniu doprecyzowanie i dookreślenie zakresu świadczenia, stanowiącego treść merytoryczną oferty, zostało dokonane przez wykonawcę dopiero po otwarciu ofert w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego dokumenty w postaci folderów znajdujących się na str. 54 – 61 złożonej w postępowaniu oferty nie stanowią treści oferty, lecz dokumenty przedmiotowe składane na potwierdzenie, że oferowane przez Odwołującego wyroby spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał również w toku rozprawy, że zakres świadczenia i tym samym treść oferty stanowi znajdujący się na str. 8 oferty formularz sporządzony w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ.

W ocenie Izby za trafną należy w tym zakresie uznać argumentację Odwołującego. Nie ulega wątpliwości, iż zarówno dokumenty znajdujące się na str. 54 – 61 złożonej oferty, jak również dokumenty znajdujące się na str. 38 – 41 złożonej oferty nie stanowią merytorycznej treści oferty. Dokumenty w postaci certyfikatów oraz folderów są dokumentami przedmiotowymi, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zostały one złożone na potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. O powyższym fakcie decyduje zarówno treść powyższych dokumentów, jak również ich źródło i pośrednio podmiot wystawiający. Po pierwsze dokumenty te nie stanowią oświadczenia woli lub wiedzy Odwołującego i nie zostały sporządzone na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zostały sporządzone przez podmioty zewnętrzne (jednostkę certyfikującą w przypadku certyfikatu oraz producenta wyrobów w przypadku folderów). Nie stanowią one tym samym jakiegokolwiek oświadczenia wykonawcy składającego w postępowaniu ofertę. Po drugie nie zostały one sporządzone na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Są one dokumentami abstrakcyjnymi z punktu widzenia niniejszego postępowania i nie służą do potwierdzenia spełniania przez oferowane wyroby wymagań konkretnego zamawiającego w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Następnie należy wskazać, iż dołączony do oferty certyfikat powstał w związku z koniecznością spełnienia wymagań aneksu 11.4 do Dyrektywy 93/42/EEC o urządzeniach medycznych. Ponadto obowiązek złożenia wraz z ofertą tychże dokumentów wynika z Rozdziału XI SIWZ zatytułowanego „Inne dokumenty stanowiące ofertę” pkt 1 i 2, z których to punktów wynika, iż dokumenty te mają pozwalać Zamawiającemu na stwierdzenie spełnienia wymaganych parametrów. W przeciwieństwie do zapisu Rozdziału XI pkt 4 odnoszącego się do załącznika nr 1 do SIWZ zatytułowanego „ELEMENT ZESTAWU załącznik nr 1”, z którego

to zapisu wyniku, iż wymagany jest „Wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy Formularz wymaganych parametrów technicznych *zał. nr 1 do SIWZ*”. Ten ostatni dokument stanowi zatem oświadczenie wykonawcy dotyczące zakresu świadczenia, ilości oraz oferowanych parametrów technicznych dla wyrobów stanowiących przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę dowód w postaci oferty złożonej w toku postępowania przez Odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż znajdujące się na str. 38 i 39 certyfikat Z/10/02227 oraz aneks nr 1 do powyższego certyfikatu, jak również znajdujące się na str. 54-61 foldery są dokumentami, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ww. rozporządzenia i zostały wymienione w rozdziale XI pkt 2 SIWZ.

Dokumenty te (certyfikaty oraz foldery) stanowią dokumenty o charakterze przedmiotowym (odnoszącym się do przedmiotu zamówienia), o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym mogą być przedmiotem procedury wyjaśniania oraz uzupełniania określonych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Uzupełnienie powyższych dokumentów, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, nie doprowadzi do zmiany przedmiotu świadczenia określonego w formularzu zawartym na str. 8 oferty Odwołującego, lecz jedynie pozwoli wykazać, iż zaoferowany w tymże formularzu przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż w odniesieniu do pakietu nr 9 (stent wieńcowy na balonie kobaltowo-chromowym) merytoryczną treść oferty w postaci oświadczenia Odwołującego w przedmiocie zaoferowanego zakresu przedmiotowego znajdujemy na str. 8 złożonej oferty. Znajdujący się na powyższej stronie formularz, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje odnoszące się do zakresu i rodzaju świadczenia. To ten dokument, zawierający oświadczenie woli wykonawcy, winien zostać oceniony w przykazie zgodności zaoferowanego zakresu przedmiotowego z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto należy wskazać, iż stanowi on oświadczenie własne Odwołującego w przeciwieństwie do załączonych wraz z ofertą certyfikatów i folderów, które zostały złożone wraz z ofertą w postaci kopii potwierdzonych przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

Zamawiający nie kwestionował zgodności informacji zawartych w powyższym formularzu z wymaganiami wyrażonymi w SIWZ oraz załącznikach do niej. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Przystępującego podniesionym w toku rozprawy, nie sposób uznać, iż Odwołujący nie posiada w swojej ofercie stentu o długości 27 mm i średnicy 2,25 mm jeżeli stanowi on przedmiot świadczenia wyspecyfikowany w formularzu znajdującym się na str. 8 oferty.

Należy wskazać, iż jedyną rozbieżnością jaka ma miejsce w ofercie złożonej przez Odwołującego jest brak w folderze reklamowym w typoszeregu stentów Genius Magic o

długości 27 mm przy średnicy 2,25 mm. Jednakże tego rodzaju stent został wykazany w aneksie nr 1 do certyfikatu Z/10/02227 oraz w formularzu znajdującym się na str. 8 oferty. W tym miejscu Izba pragnie wskazać, iż z wyjaśnień i ustaleń poczynionych przez Odwołującego w toku rozprawy wynika, iż foldery reklamowe dołączone do oferty na str. 54-61 zostały sporządzone w 2009 r. Należy również wskazać, iż przedłożony wraz z ofertą certyfikat Z/10/02227 jest opatrzony następującymi datami: datą początkowej certyfikacji z dnia 18.04.2005 r., datą przedłużenia w dniu 17.09.2010 r. oraz datą ważności do dnia 18.04.2015 r. Powyższe może oznaczać, iż załączone przez Odwołującego foldery reklamowe są dokumentami nieaktualnymi i nie uwzględniającymi pełnego asortymentu dostępnych stentów, w tym stentu o długości 27 mm i średnicy 2,25 mm. Wszakże przedmiotem certyfikacji są stenty wymienione w aneksie nr 1 do certyfikatu Z/10/02227, w tym stent o kwestionowanych przez Zamawiającego wymiarach.

Tym samym należy wskazać, iż powyższe rozbieżności winny zostać wyjaśnione przez Zamawiającego w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub w przypadku konieczności uzupełnienia dokumentów Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wynika z treści złożonego odwołania sam Odwołujący zauważył konieczność zastosowania powyższej instytucji czyniąc ją przedmiotem zarzutu oraz żądań zawartych w odwołaniu. Wszakże z oświadczenia złożonego przez Zamawiającego w toku rozprawy wynika, iż zaoferowanie przez Odwołującego takiego wyrobu, tj. stentu o długości 27 mm i średnicy 2,25 mm powodowałoby, iż zostałyby spełnione wymagania określone w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do powyższego Izba stwierdziła, iż przedmiotem zaskarżenia przez Odwołującego jest czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do postanowień SIWZ oraz przy uwzględnieniu treści oferty Odwołującego. Izba w tym wypadku bada, czy z obiektywnego punktu widzenia istniała podstaw faktyczna do zastosowania ww. przepisu i w związku z powyższym czy istniała podstawa prawna do odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba uznała, iż brak było faktycznych i prawnych podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Czynność ta jest bowiem czynnością przedwczesną. W pierwszej kolejności bowiem Zamawiający winien zastosować instytucje uregulowane w art. 26 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego uznać należy, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała również, iż doszło do naruszenia w niniejszym postępowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp oraz dyspozycji art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....



