

WYROK
z dnia 6 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2017 r. przez wykonawcę **Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P.M., ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik**, w postępowaniu pn. „Dostawa sprzętu dla Centralnej Sterylizacji w ramach realizacji inwestycji Modernizacja wyposażenia centralnej sterylizacji w ramach zadania realizowanego przez SPZOZ w Szamotułach: Budowa budynku ochrony zdrowia”,

prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Sukiennicza 13, 64-500 Szamotuły**,

przy udziale wykonawcy: **AMED Biuro Techniczno-Handlowe, ul. Umińskiego 3/8, 03-984 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P.M., ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P.M., ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P.M., ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik** na rzecz zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Sukiennicza 13, 64-500 Szamotuły** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od wykonawcy **Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P.M., ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik** na rzecz zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Sukiennicza 13, 64-500 Szamotuły** kwotę **638 zł 55 gr** (słownie: sześćset trzydzieści osiem złotych pięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Sukiennicza 13, 64-500 Szamotuły, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu dla Centralnej Sterylizacji w ramach realizacji inwestycji Modernizacja wyposażenia centralnej sterylizacji w ramach zadania realizowanego przez SPZOZ w Szamotułach: Budowa budynku ochrony zdrowia”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2017 r., nr 2017/S 103-205177. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych w ramach trzech pakietów. W pakiecie 1, którego dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze, oferty złożyli m.in. Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P.M., ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik (dalej: „ANMED” lub „odwołujący”) oraz AMED Biuro Techniczno-Handlowe, ul. Umińskiego 3/8, 03-984 Warszawa (dalej: „AMED” lub „przystępujący”). W dniu 11 września 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego AMED oraz o odrzuceniu oferty odwołującego ANMED.

W dniu 21 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę ANMED, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w pakiecie 1,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty AMED i zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę z powodu zaferowania sterylizatorów o szerokości 1170 mm. Odwołujący powołał się przy tym na udzielone przez zamawiającego odpowiedzi z dnia 27 czerwca 2017 r. dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), które zdaniem odwołującego wskazywały, że dopuszczalne było zaferowanie sterylizatorów o szerokości przekraczającej 1100 mm. W związku z tym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie 1,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AMED i nakazanie wyboru oferty odwołującego,

- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- 4) dopuszczenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści odwołania.

Pismem z dnia 22 września 2017 r. wykonawca AMED przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 5 października 2017 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, że udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące siwz, nie zmienił stanowiska w sprawie dopuszczalnej szerokości sterylizatora, ponadto w dniu 11 lipca 2017 r. opublikował ostateczną wersję opisu przedmiotu zamówienia, w którym dopuszczalna szerokość sterylizatora została wskazana jako 1100 mm.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący po stronie zamawiającego podtrzymali swoje stanowiska.

Odwołujący wskazał w szczególności, że zamawiający udzielając odpowiedzi z dnia 27 czerwca 2017 r. na pytania dotyczące siwz, zmienił swoje stanowisko w sprawie dopuszczalnej szerokości sterylizatora i poprzez wskazanie, że posiada 2,6 m na montaż sterylizatorów, w istocie zgodził się na to, aby sterylizator miał szerokość większą niż pierwotnie dopuszczona 1100 mm. Ponadto podkreślił, że zaoferowane przez niego sterylizatory o szerokości 1170 mm mogą być serwisowane od przodu, zatem niepotrzebna jest oczekiwana przez zamawiającego dodatkowa przestrzeń – 60 cm, na ich serwisowanie z boku. Powołał się na treść oferty innego wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu, która zdaniem odwołującego dowodzi, że wykonawca ten zrozumiał odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 czerwca 2017 r. analogicznie, jak odwołujący. Zwrócił też uwagę na treść rozdziału XIII siwz, w której zamawiający dopuścił możliwość zmiany przedmiotu zamówienia na skutek udzielania wyjaśnień dotyczących siwz. Ponadto zauważył, że wprawdzie w dniu 11 lipca 2017 r., tj. po udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający opublikował na stronie internetowej załącznik nr 3 do siwz z opisem przedmiotu zamówienia, w którym wymagane rozmiary sterylizatorów pozostały takie same, jak w pierwotnej wersji siwz, niemniej jednak zdaniem odwołującego, za wiążące należy uznać odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 czerwca 2017 r., nie zaś treść załącznika nr 3 opublikowanego w dniu 11 lipca 2017 r. Odwołujący stwierdził też, że niejasności w odpowiedziach zamawiającego nie mogą być interpretowane w sposób niekorzystny dla wykonawcy.

Zamawiający w trakcie rozprawy podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym w odpowiedziach dotyczących siwz nie dopuścił szerokości sterylizatora większej niż 1100

mm. Stwierdził też, że opis przedmiotu zamówienia opublikowany w dniu 11 lipca 2017 r. był ostateczny, zaś oferta odwołującego została odrzucona nie ze względu na sposób serwisowania, ale ze względu na większą niż dopuszczalna szerokość sterylizatora. Ponadto ze względu na brak wniesienia przez odwołującego odwołania na czynność opisu przedmiotu zamówienia, jego zarzuty zawarte w niniejszym odwołaniu ocenił jako spóźnione.

Przystępujący przedstawił stanowisko kwestionujące możliwość serwisowania zaoferowanych przez odwołującego sterylizatorów od przodu i stwierdził, że odpowiedzi udzielane przez zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia nie zawierały zgody na zmianę szerokości sterylizatora.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. Jednocześnie Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy AMED po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia został opisany w załączniku nr 3 do siwz, stanowiącym jej integralną część. Załącznik ten ma postać tabeli zawierającej m.in. kolumnę drugą, w której znajduje się opis wymaganych parametrów technicznych. W stosunku do sterylizatora parowego z wytwornicą pary wskazano wymaganą szerokość maksymalną – 1100 mm.

W rozdziale XIII siwz zamawiający wskazał: „W razie zaoferowania przedmiotu zamówienia innego niż pierwotnie wyspecyfikowany, a dopuszczonego przez Zamawiającego w wyniku wyjaśnień treści SIWZ czy w przypadku modyfikacji SIWZ należy zaznaczyć źródło tej zmiany (datę wyjaśnień lub modyfikacji i ewentualnie nr pytania)”.

Pismem z dnia 19 czerwca 2017 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące siwz. Pytanie i odpowiedź nr 8 brzmiały: „Dotyczy zapisów formularza parametrów technicznych PAKIET nr 1. Formularz parametrów technicznych pkt. 8. Wnosimy o dopuszczenie sterylizatora 1170 mm spełniającego pozostałe parametry opisane w SIWZ. Uzasadnienie: Oferowana szerokość nieznacznie odbiega od wymiarów

opisanych w SIWZ. Przy zachowaniu wnioskowanej szerokości tj. 1170 mm nie ma przeciwwskazań dla prawidłowego montażu i transportu sterylizatora do miejsca przeznaczenia, co wynika z dołączonego do SIWZ rzutu Centralnej Sterylizatorni. Ograniczenie wymiaru urządzenia do 1100 mm nie ma uzasadnienia funkcjonalnego. Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie dopuszcza. Parametry graniczne, wynikają z analizy odnośnie technologii pracy Zamawiającego”.

Pismem z dnia 27 czerwca 2017 r. zamawiający udzielił kolejnych odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące siwz. Pytanie i odpowiedź nr 19 brzmiały: „Czy zamawiający dopuści sterylizator o szerokości 1189 mm? Odpowiedź Zamawiającego: zgodnie z siwz”.

Pytanie i odpowiedź nr 20 brzmiały: „Prosimy o podanie łącznej maksymalnej możliwej do wykorzystania szerokości przeznaczonej na zabudowę dwóch sterylizatorów łącznie z przestrzenią serwisową. Odpowiedź Zamawiającego: Szerokość miejsca przeznaczonego na montaż dwóch sterylizatorów parowych wynosi 2,6 m wraz z przestrzenią serwisową pomiędzy urządzeniami”.

Pytanie i odpowiedź nr 92 brzmiały: „Pakiet nr 1 – pozycja 8: Czy Zamawiający dopuści do postępowania urządzenie o wymiarach zewnętrznych sterylizatora łącznie z wbudowaną wytwornicą pary: max. 1500 x 1500 x 1500 mm (sxgxw) co nieznacznie odbiega od wymagania i nie wymaga obustronnego odstępu bocznego? Odpowiedź Zamawiającego: Szerokość miejsca przeznaczonego na montaż dwóch sterylizatorów parowych wynosi 2,6 m wraz z przestrzenią serwisową pomiędzy urządzeniami. Max. głębokość sterylizatora 1500 mm”.

Pytanie i odpowiedź nr 93 brzmiały: „Pakiet nr 1 – pozycja 8: Czy Zamawiający dopuści do postępowania urządzenie o wymiarach zewnętrznych sterylizatora łącznie z wbudowaną wytwornicą pary: max. 1500 x 1500 x 2500 mm (sxgxw). Odpowiedź Zamawiającego: Odpowiedź jak wyżej”.

W dniu 11 lipca 2017 r. na stronie internetowej zamawiający ponownie opublikował siwz, w tym załącznik nr 3, w którym szerokość sterylizatora została wskazana jako 1100 mm.

Odwołujący ANMED złożył ofertę, w której w miejscu przewidzianym w tabeli na potwierdzenie spełniania wymaganych parametrów siwz, w odniesieniu do wymiarów zewnętrznych sterylizatora, wpisał: „TAK. Dostęp do przestrzeni technicznej sterylizatorów tylko od frontu urządzenia. Wykorzystana deklarowana przez Zamawiającego szerokość 2,6 m dla montażu dwóch sterylizatorów wraz z przestrzenią serwisową. *Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego”.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadomił też o odrzuceniu oferty odwołującego m.in. z powodu szerokości

1170 mm zaoferowanych sterylizatorów, co przy powierzchni zabudowy 2,6 m oraz potrzebnych 60 cm przestrzeni na serwisowanie tych sterylizatorów z boku, „przewyższa możliwości Zamawiającego”.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2017 r. odwołujący ANMED zakwestionował prawidłowość czynności odrzucenia jego oferty. Pismem z dnia 24 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Pismem z dnia 1 września 2017 r. odwołujący udzielił wyjaśnień.

Pismem z dnia 11 września 2017 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy AMED oraz o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu szerokości sterylizatora 1170 mm niezgodnej z maksymalną szerokością dopuszczoną w siwz, tj. 1100 mm.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Istotą sporu pomiędzy stronami jest to, czy udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące siwz, zamawiający zmienił wymaganą szerokość sterylizatora, tj. dopuścił, aby była ona większa niż 1100 mm. W świetle treści zadawanych pytań i udzielanych odpowiedzi Izba stwierdziła, że w toku niniejszego postępowania szerokość sterylizatora przekraczającą 1100 mm, nie została dopuszczona.

Po pierwsze, należy zauważyć, że jedno z zadanych pytań dotyczyło wprost możliwości zaoferowania sterylizatora z szerokością 1170 mm i zamawiający udzielił na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi, że nie dopuszcza takiej szerokości sterylizatora (odpowiedź nr 8 z dnia 19 czerwca 2017 r.). Również w odpowiedzi nr 19 z dnia 27 czerwca 2017 r. zamawiający odmówił wyrażenia zgody na większą niż wskazana w siwz szerokość maksymalną sterylizatora, udzielając odpowiedzi „zgodnie z siwz”, czyli podtrzymując aktualność postanowień siwz. Tym samym dwukrotnie zamawiający w sposób jednoznaczny nie wyraził zgody na inną niż max. 1100 mm szerokość sterylizatora.

Po drugie, należy zauważyć, że w odpowiedziach nr 20, 92 i 93 z dnia 27 czerwca 2017 r. zamawiający informował, jaka jest szerokość miejsca przeznaczonego na montaż dwóch sterylizatorów parowych wraz z przestrzenią serwisową pomiędzy urządzeniami, natomiast nie wskazywał, czy wyraża zgodę na zaoferowanie sterylizatora z szerokością większą niż 1100 mm. Wynika to przede wszystkim z dosłownego brzmienia udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi, w których nie ma żadnego sformułowania zawierającego zgodę na szerokość sterylizatora inną niż max. 1100 mm. Należy ponadto zauważyć, że w pytaniu nr 20 wykonawca w ogóle nie pytał o szerokość sterylizatora, a jedynie o przestrzeń przewidzianą na montaż sterylizatorów, stąd też odpowiedź na to pytanie nie może być rozumiana jako wyrażenie zgody na jakąkolwiek szerokość sterylizatora. Z kolei

w pytaniach nr 92 i 93 wykonawcy wskazywali rozmiary sterylizatora przekraczające nie tylko wskazaną w siwz szerokość, ale także głębokość i wysokość sterylizatora. Przy czym szerokość sterylizatora, o którą pytali (1500 mm) w sposób oczywisty przekraczała dostępną zamawiającemu powierzchnię na dwa sterylizatory stojące obok siebie (2,6 m), stąd też odpowiedzi zamawiającego odnoszące się do tej powierzchni należy rozumieć jako zmierzające do uświadomienia wykonawcom, że taka szerokość pojedynczego sterylizatora jest z przyczyn technicznych niemożliwa do zaakceptowania. W szczególności należy jednak stwierdzić, że w żadnej z odpowiedzi udzielonych w dniu 27 czerwca 2017 r. zamawiający nie wyraził jednoznacznej zgody na zaoferowanie sterylizatora o szerokości większej niż 1100 mm. Tym samym rozumienie przez odwołującego ww. odpowiedzi jako dopuszczających sterylizator o szerokości 1170 mm, stanowi dokonanie przez niego korzystnej dla siebie interpretacji, nie mającej jednak uzasadnienia w literalnym brzmieniu tych odpowiedzi.

Po trzecie, należy zauważyć, że w dniu 11 lipca 2017 r., tj. po udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający ponownie opublikował na stronie internetowej załącznik nr 3 do siwz, w którym wymagana szerokość sterylizatora ponownie została wskazana jako max. 1100 mm. Biorąc pod uwagę, że przed terminem składania ofert była to ostatnia informacja pochodząca od zamawiającego w tym zakresie, należy stwierdzić, że była ona ostateczna.

Zgodnie z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyżej opisanych okolicznościach faktycznych, złożenie przez odwołującego ANMED oferty ze sterylizatorem o szerokości 1170 mm nie może być ocenione inaczej, niż jako złożenie oferty niezgodnej z siwz. W tym stanie rzeczy, okolicznością irrelevantną dla oceny zarzutów odwołującego, staje się to, czy oferowane przez niego sterylizatory mogą być serwisowane od przodu, gdyż niezależnie od występowania takiej możliwości, sterylizatory te miały szerokość większą niż dopuszczona w siwz i ten fakt był podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Nie ma także znaczenia dla oceny ww. sytuacji treść oferty złożonej przez innego wykonawcę biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu, skoro w postępowaniu tym brali też udział wykonawcy, którzy zastosowali się do literalnego brzmienia siwz oraz odpowiedzi zamawiającego, co świadczy o tym, że możliwe było ich prawidłowe zrozumienie. Ponadto w sprawie nie ma zastosowania rozdział XIII siwz, ponieważ mowa jest w nim o przedmiocie zamówienia dopuszczonym przez zamawiającego w wyniku wyjaśnień treści siwz, natomiast w przedmiotowej sprawie, jak wykazano wyżej, szerokość sterylizatora większa niż 1100 mm, nie została dopuszczona.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc zatem pod uwagę, jak istotne i nieodwracalne skutki pociąga za sobą złożenie oferty niezgodnej z siwz, w interesie wykonawcy jest zadawanie pytań dotyczących siwz i przygotowywanie oferty odpowiadającej jednoznacznym informacjom pochodzącym od zamawiającego. Natomiast opieranie się jedynie na niezgodnej z literalnym brzmieniem interpretacji ww. informacji, niesie za sobą ryzyko złożenia oferty podlegającej odrzuceniu. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w przypadku uznania wymogów dotyczących rozmiarów sterylizatora za nieuzasadnione, wykonawcy przysługiwało prawo wniesienia odwołania na przedmiot zamówienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem ewentualne kwestionowanie wymogu szerokości sterylizatora max. 1100 mm powinno mieć miejsce na wcześniejszym etapie przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba stwierdziła, że oferta odwołującego była niezgodna z siwz w zakresie szerokości oferowanego sterylizatora i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący