

Sygn. akt: KIO 1096/10

WYROK
z dnia 24 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania w dniu 2 czerwca 2010 r. przez **Medtronic Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101** od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, Dojazd 34**

przy udziale **Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej, 90-033 Łódź, ul. Kopcińskiego 73/75**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, Dojazd 34 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Medtronic Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101 oraz dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, Dojazd 34 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 uiszczanego przez **Medtronic Poland Sp. z o.o. 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, Dojazd 34** na rzecz **Medtronic Poland Sp. z o.o. 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Poznaniu im. Profesora Ludwika Bierkowskiego, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę stent-graftów z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej w ilości 30 sztuk.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 2 czerwca 2010 roku wykonawca Medtronic Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających w szczególności na:

1. bezzasadnym uchyleniu decyzji o wyborze Medtronic jako oferty najkorzystniejszej mimo, iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), a w konsekwencji niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty Medtronic;
2. niezgodnym z prawem wyborem oferty Hammermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa („Hammermed”).

W ocenie odwołującego się poprzez wskazane powyżej działania zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a także przepisy wskazane w uzasadnieniu odwołanie, a ponadto, że w przypadku planowanego zawarcia umowy o zamówienie publiczne z Hammermed w dniu 7.06.2010 r. Zamawiający naruszy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się wniósł o nakazanie uchylenia wyboru oferty Medtronic jako oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Medtronic oraz unieważnienia czynności wyboru spółki Hammermed jako oferty najkorzystniejszej, a w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy z Hammermed przed upływem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący się wniósł o unieważnienie umowy.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 18.05.2010 r. zamawiający wybrał jego ofertę jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu. Następnie w wyniku informacji uzyskanych od innych wykonawców w dniu 20.05.2010 r. najpierw uchylił decyzję o wyborze, przystąpił do ponownego badania i oceny ofert i następnie tego samego dnia (20.05.2010 r.) wezwał odwołującego się do udzielenia wyjaśnień w trybie przewidzianym dla ustawy Pzp (art. 87 ustawy Pzp). Zamawiający po zapoznaniu się z treścią złożonej oferty poprosił o wyjaśnienie, czy zaoferowany system posiada zgodnie z załącznikiem Nr 2 do siwz (Formularz Cenowy) wymagany dodatkowy sprzęt, tj. 2 prowadniki o dużej sztywności umożliwiające

wprowadzenie zestawu oraz balon lateksowy do modelowania wprowadzonych elementów stent-graftów. Odwołujący się udzielił wyczerpujących wyjaśnień na wszystkie wątpliwości zamawiającego potwierdzając, że zaoferowany sprzęt posiada wymagane dodatkowe parametry zgodnie z wymaganiami siwz oraz że złożona oferta obejmowała stent-grafy wraz z dodatkowym sprzętem (co stanowiło główną wątpliwość zamawiającego określoną w wezwaniu do wyjaśnień), zaś podana cena uwzględnia wszystkie elementy czyli stent-grafy i sprzęt dodatkowy (prowadniki i balon).

Na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący się przedstawił wraz z wyjaśnieniami certyfikaty i katalogi informacyjne dotyczące sprzętu dodatkowego (balony i prowadniki) zawierające m.in. wszystkie numery katalogów dla sprzętu dodatkowego. Mimo tego, w dniu 25.05.2010 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się jako niezgodną z siwz na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie decyzji wskazał, że załączony Formularz Cenowy nie zawierał wszystkich numerów katalogowych zaoferowanego przedmiotu zamówienia (prowadniki i balon).

Odwołujący się na wezwanie zamawiającego złożył w dniu 21.05.2010 r. nie tylko wyczerpujące wyjaśnienia potwierdzające zgodność jego oferty z siwz, ale także dokumenty na potwierdzenie twierdzeń w nich zawartych, w tym dokumenty dopuszczające balony i prowadniki do obrotu oraz materiały informacyjne odnośnie kwestionowanego przez zamawiającego dodatkowego sprzętu do oferowanych stent-graftów.

Zamawiający motywował swoją decyzję o uchyleniu wyboru oferty odwołującego się (przedwczesną zdaniem odwołującego) tym, że powziął informację, iż wybrana oferta nie zawiera wszystkich wymaganych dokumentów i elementów przedmiotu zamówienia. Następnie dopiero wtedy wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień. Wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczyło kwestii, czy oferowany sprzęt, stanowiący główny przedmiot zamówienia w postępowaniu, czyli stent-graft posiada wymagany dodatkowy sprzęt tj. prowadniki i balon, ponieważ zdaniem zamawiającego nie wynikało to z Formularza Cenowego ani z materiałów informacyjnych. Mimo złożenia wyjaśnień wraz z dokumentami, zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego się i wyborze oferty Hammamed. Co więcej, odrzucenie oferty odwołującego się nastąpiło z powodu nie mającego oparcia ani w treści oferty, ani w treści udzielonych wyjaśnień czy też załączonych przed odwołującym się do tych wyjaśnień dokumentów.

Odwołujący się podniósł, że głównym przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest stent-graft (opis przedmiotu zamówienia wprost mówi o „Dostawie stent-graftów (...)"), który zawsze występuje w zestawie z balonem i prowadnikami. Inaczej nie można by było używać stent-graftu do czynności medycznych. Zatem oczywistym było dla odwołującego się, że zarówno cena jak i oferowany sprzęt w postępowaniu obejmuje wszystkie wymagane przez

zamawiającego elementy, czyli stent-graft, balon i prowadniki. Na prośbę zamawiającego odwołujący się potwierdził w swoim piśmie z dnia 21.05.2010 r., że „zaoferowany przez nas system posiada wymagany dodatkowy sprzęt zgodnie z wymaganiami siwz” oraz że: „oferta złożona (...) w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy stent-graftów wraz z dodatkowym sprzętem - zgodnie z zapisami siwz, a zaoferowana cena obejmuje wszystkie wymienione w siwz elementy”. Odwołujący się podkreślił, że poprzez złożenie wyjaśnień wraz z dokumentami na ich potwierdzenie nie doszło do zmiany treści oferty odwołującego się, ponieważ odwołujący się przez cały czas oferował ten sam sprzęt, w tej samej cenie, o tych samych parametrach, czyli kompletny stent-graft z balonem i prowadnikami.

W związku z tym twierdzenia zamawiającego, że oferta odwołującego się podlega odrzuceniu, jako niezgodna z siwz, są bezpodstawne i nie znajdują swojego odzwierciedlenia w doktrynie.

Odwołujący się zakwestionował podstawę odrzucenia jego oferty, na jakiej oparł się zamawiający. Po wezwaniu do złożenia wyjaśnień i udzieleniu na nie wyjaśnień przez odwołującego się, zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego się jest niezgodna z siwz. Jako uzasadnienie decyzji wskazał, że „Oferta w formularzu cenowym w kolumnie pn. numer katalogowy nie zawiera wszystkich numerów katalogowych zaoferowanego przedmiotu zamówienia (prowadniki, balon lateksowy), a wypełnienie tej kolumny, było wymagane przez zamawiającego w treści siwz. W związku z tym oferta zawiera braki, których nie można uzupełnić (...)”.

Odwołujący się nie zgodził się z taką interpretacją i decyzją zamawiającego, który powinien prowadzić postępowanie z uwzględnieniem prawa oraz zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przede wszystkim z dwóch powodów.

Po pierwsze, zamawiający powinien traktować i interpretować złożoną ofertę jako całość, w tym złożone wyjaśnienia wykonawcy wraz z uzupełnionymi dokumentami, złożonymi na potwierdzenie zawartych w nich twierdzeń.

Po drugie, o zgodności treści oferty z siwz nie przesądza dosłowne wypełnienie załączników do oferty (w tym przypadku: jednej z tabeli Formularza Cenowego, służącego wyspecyfikowaniu ceny, a nie do opisanie przedmiotu oferty), tylko fakt, że zaoferowany sprzęt spełnia wymagania zamawiającego - czyli, że jest to sprzęt o parametrach, które zamawiający chce kupić.

W ocenie odwołującego się zamawiający powinien traktować i interpretować złożoną ofertę jako całość, w tym złożone wyjaśnienia wykonawcy oraz uzupełnienia.

O zgodności treści oferty z siwz nie przesądza dosłowne wypełnienie załączników do oferty tylko fakt że oferowany sprzęt spełnia wymagania zamawiającego - czyli że jest to sprzęt o parametrach, które zamawiający chce kupić. Zamawiający twierdzi, że oferta Medtronic podlega odrzuceniu, ponieważ nie jest zgodna z siwz (braki części numerów katalogowych w Formularzu Cenowym). W ocenie odwołującego się numery katalogowe nie definiują przedmiotu zamówienia, stąd nie przesądzają one o podstawowych parametrach oferowanego sprzętu. Produkt nie jest charakteryzowany poprzez numer katalogowy. Nawet na etapie podpisywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego nie jest znany numer katalogowy dla zakupywanego sprzętu. Zamawiający może spośród numerów katalogowych na etapie realizacji umowy wybrać sprzęt o właściwych rozmiarach, które mu najbardziej odpowiadają i będą odpowiednie dla danego pacjenta. Numery katalogowe nie determinują również w żaden sposób ceny oferowanego sprzętu. To jest cały czas ten sam sprzęt. Dlatego odwołujący się wskazał numery katalogowe w sposób najbardziej właściwy poprzez odesłanie na konkretną stronę w ofercie. Przedstawił w pierwszej kolejności numery katalogowe stent-graftów (co było najwłaściwszym rozwiązaniem na tym etapie), ponieważ one są przedmiotem zamówienia i w zależności od wybranego następczo stent-graftu po numerze katalogowym, dojdzie do analogicznego dopasowania rozmiaru i numeru katalogowe sprzętu dodatkowego. Na prośbę zamawiającego odwołujący się przedstawił również numery katalogowe dla balonów i przewodników. W wyniku złożenia wyjaśnień wraz z dokumentami stały się one automatycznie dokumentacją składającą się na całość oferty odwołującego się. W wyniku złożenia wyjaśnień wraz z dokumentami informacyjnym nie doszło zatem do niedozwolonej zmiany treści oferty. To był przez cały czas ten sam oferowany przedmiot zamówienia spełniający wszystkie wymagania siwz.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Hammermed Sp.z o.o.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby istotne znaczenie dla przedmiotowego postępowania ma złożone przez odwołującego się oświadczenie, iż oferuje on przedmiot zamówienia zgodny ze wskazanymi powyżej wymogami zamawiającego. Powyżej oświadczenia wskazany jest przedmiot zamówienia, tj. stent-grafty z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej + sprzęt dodatkowy oraz jego charakterystyka, w tym 2 przewodniki o dużej sztywności umożliwiające wprowadzenie zestawu oraz balon lateksowy do modelowania wprowadzonych elementów stent-graftu.

Poprzez złożenie powyższego oświadczenia skonkretyzowało się zobowiązanie wykonawcy Medtronic Poland Sp. z o.o. w sposób pozwalający na stwierdzenie, iż wykonawca ten zaoferował również wymagane 2 przewodniki wraz z balonem lateksowym. Nie ulega wątpliwości, iż było to oświadczenie woli wykonawcy w kwestii przedmiotu zamówienia. Wykonawca z zaoferowanego przedmiotu zamówienia nie wyłączył przewodników i balonu ani też w żaden inny sposób nie ograniczył oferty w tym zakresie.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób następujący: „Przedmiotem zamówienia jest dostawa stent-graftów z fiksacją nadnerkową do zaopatrywania tętniaków aorty brzusznej w ilości 30 sztuk. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający informację o asortymencie został określony w formularzu cenowym – załącznik nr 2, stanowiącym integralną część siwz”. Opisany w ten sposób przedmiot zamówienia stanowił będzie *essentialia negotii* przyszłej umowy. Odwołujący się składając oświadczenie na załączniku nr 2 w sposób nie budzący wątpliwości oświadczył, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia obejmuje również 2 przewodniki i balon lateksowy. Odmierna interpretacja złożonego oświadczenia woli, polegająca na przyjęciu, że odwołujący się nie zaoferował sprzętu dodatkowego tylko dlatego, że nie podał jego numerów katalogowych, byłaby nieuprawniona i pozostawałaby w jawnej sprzeczności z treścią złożonego oświadczenia.

Potwierdzeniem powyższego są również wyjaśnienia odwołującego się, do których został on wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego się w wyniku wezwania zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści siwz. W ocenie Izby wyjaśnienia te nie budzą wątpliwości co do tego, że zaoferowany sprzęt odpowiada ustalonym wymogom. Wyjaśnienia te czynią zadość postawionemu w art. 87 ust.

1 *in finito* zakazowi dokonywania zmian w treści oferty. Jak już wyżej wskazano elementem istotnym oferty odwołującego się był przedmiot zamówienia taki, jak życzył sobie tego zamawiający, co wynikało ze złożonego oświadczenia. Składając wyjaśnienia na żądanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp odwołujący się potwierdził jedynie to, co już wcześniej, w złożonej ofercie oświadczył.

Wobec powyższego brak jest podstaw do uznania, iż przedmiotowa oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to jest z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zważyć należy, że obowiązek podania numeru katalogowego wynikał ze sporządzonego przez zamawiającego załącznika nr 2 do siwz. Załącznik ten zawierał tabelę, w której ostatnią kolumnę należało wpisać numer katalogowy. Zamawiający nie zaznaczył, że chodzi tu o numery katalogowe wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, w tym również sprzęt dodatkowy. Wymóg taki nie został postawiony również w żadnym innym miejscu specyfikacji. W tej sytuacji trudno więc mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Możliwość interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w różnoraki sposób nie może skutkować negatywnie dla wykonawcy w sytuacji, gdy przychylił się on do innej interpretacji aniżeli ta, która odpowiadała intencjom zamawiającego. Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Stanowisko to odzwierciedla ugruntowane stanowisko wyrażane wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych.

W związku z tym, iż Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które ma wpływ na wynik postępowania, na zasadzie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Poznaniu**.

.....