Sygn. akt KIO 2420/18

WYROK
z dnia 5 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2018 r. przez wykonawcę Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie
przy udziale wykonawcy Tomed Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Szpitalowi Specjalistycznemu im. Stefana Żeromskiego Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Krakowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 15 postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Tomed Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. kosztami postępowania obciąża Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Krakowie na rzecz Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2420/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup i dostawa sterylnego sprzętu jednorazowego użytku. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 074-163902. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w części (pakiecie) 15 postępowania wykonawca Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie 23 listopada 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołanie zostało wniesione wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Tomed Sp. z o.o. w Warszawie, co stanowi naruszenie art. 91 ust 1 ustawy w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy;
2. zaniechania dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Tomed Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ", co stanowi naruszenie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy;
3. zaniechania dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie:

1)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Tomed Sp. z o.o.;
2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;
3) odrzucenia oferty Tomed Sp. z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4)dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Tomed Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący zmodyfikował żądanie w ten sposób, że wniósł o odrzucenie oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, co następuje:

W Załączniku nr 1 zamawiający opisał przedmiot zamówienia i ustalił, że przedmiotem zamówienia w części nr 15 jest linia do pomiaru ciśnienia metodą krwawą. Jednym z wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia w tej części było, aby konstrukcja przetwornika zawierała osobny port do testowania poprawności działania systemu.

W toku postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego z pytaniami zmierzającymi do ustalenia możliwości spełnienia wymagań zamawiającego przez urządzenia z innymi rozwiązaniami technicznymi.

28 maja 2018 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców. W pytaniu nr 70 jeden z wykonawców wnioskował o dopuszczenie produktu z rozwiązaniem: „konstrukcja przewodu przetwornika zawierająca osobny port do testowania poprawności działania systemu". W pytaniu nr 72 natomiast jeden z wykonawców wnioskował o

dopuszczenie przetwornika „bez wbudowanego portu testowego - zaoferowane przez nas przetworniki są już wstępnie wykalibrowane i nie wymagają dodatkowego testowania".

Na oba pytania zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z SIWZ".

25 października 2018 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za jaką uznał ofertę odwołującego, oraz odrzucił ofertę przystępującego. Odrzucenie oferty uzasadnione było brakiem dodatkowego portu do poprawności działania systemu.

W piśmie z 30 października 2018 r. przystępujący stwierdził, że zaoferowany asortyment spełnia wymagania przedstawione w SIWZ dotyczące przedmiotu zamówienia określonego w pakiecie nr 15. Do pisma dołączył pisma rysunki i wyjaśnienia.

7 listopada 2018 r. zamawiający anulował czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Tomed Sp. z o.o. i 14 listopada 2018 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę przystępującego.

W czasie rozprawy odwołujący zaprezentował swoje rozwiązanie, w przetworniku był widoczny osobny port do testowania poprawności działania systemu. Okazał również rozwiązanie oferowane przez przystępującego, w którym przetwornik nie zawierał podobnego portu do testowania poprawności działania systemu. Przystępujący i zamawiający twierdzili, że tym portem jest oddzielny otwór widoczny na spodzie przetwornika. Film zaprezentowany przez przystępującego pokazuje zmianę wartości ciśnienia wywołaną przez strzykawkę prawdopodobnie połączoną z otworem widocznym na spodzie przetwornika. Obraz z filmu nie był widoczny na całym ekranie, był zawężony w pionie. Całość przewodu łączącego strzykawkę z przetwornikiem nie była widoczna.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, zawarcia umowy z zamawiającym i utraty przychodu za realizację dostawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Izba podzieliła pogląd odwołującego zarówno w zakresie oceny prawnej, jak i faktycznej.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi *in initio*, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W okolicznościach sporu nie znajduje zastosowania dalsza część tego przepisu, gdyż w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, nie ma możliwości poprawienia oferty w ten sposób, że jedno konkretne rozwiązanie techniczne jest zastępowane innym.

Treść SIWZ to opis wymagań zamawiającego stawianych przedmiotowi zamówienia lub warunkom jego wykonania. Opis ten ma w postępowaniu o udzielenie zamówienia charakter wiążący. Zamawiający jest związany ustaloną przez siebie treścią SIWZ i nie może jej zmienić. Urzeczywistnia to zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż zapobiega możliwości dokonywania przez zamawiającego ocen o charakterze subiektywnym i arbitralnym. Z kolei obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Opis ten stanowi bowiem element nawiązanego skutkiem złożenia oferty wielostronnego stosunku przetargowego.
Kolejno należy stwierdzić, że wymaganie zamawiającego, aby przetwornik posiadał osobny port do testowania poprawności działania systemu jest sformułowane jasno i zrozumiale. Nie podzielono stanowiska przystępującego, że z powodu braku definicji pojęcia „port" nie jest ono jednoznaczne. W ocenie składu orzekającego wyprowadzanie takiej definicji byłoby celowe jedynie wtedy, gdyby zamawiający zechciał pojęcie portu doprecyzować lub rozszerzyć. Jest bowiem oczywiste dla każdego użytkownika komputera, laptopa, telefonu i innych sprzętów, że port umożliwia łączenie ze sobą dwóch urządzeń bezpośrednio lub za pomocą kabla z użyciem stosownych wystandaryzowanych końcówek. Nie chodzi więc tu o możliwość jakiegokolwiek dowolnego połączenia.
W ocenie Izby okrągły otwór widoczny w spodniej ścianie przetwornika przystępującego z całą pewnością nie stanowi portu. Ewentualną możliwość zaoferowania zamawiającemu takiego rozwiązania przystępujący mógł i powinien był ustalić przed złożeniem oferty w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienie przez wykonawcę wymagań zamawiającego, które budzą jego wątpliwości mieści się w obowiązku współdziałania stron przyszłej umowy. Na zastosowanie art. 354 § 2 k.c. już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 5 czerwca 2014 r. w sprawie IV CSK 626/13. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że nie zadanie takich pytań może być podstawą do zarzucenia wykonawcy braku należytej staranności wymaganej przez art. 355 § 2 k.c.
W konsekwencji stwierdzić należy, że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego z naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający wymagał w SIWZ, aby przetwornik posiadał osobny port do testowania poprawności działania systemu, odmówił dopuszczenia innych rozwiązań, ku czemu zmierzały zadawane pytania, a na etapie powtórnej oceny ofert zlekceważył sformułowane przez siebie żądanie.
Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez przystępującego, pomimo że nie spełnia ona wymagania posiadania przez przetwornik osobnego portu do testowania poprawności działania systemu i w związku z tym jako niezgodna z SIWZ podlega odrzuceniu.
Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp znalazły potwierdzenie.
Odwołujący w katalogu naruszonych przepisów ustawy błędnie wskazał art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż ma on zastosowanie do udzielenia zamówienia, czyli zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w badanym postępowaniu nie nastąpiło.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....