Sygn. akt: KIO 1165/17

WYROK
z dnia 30 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 26 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2017 r. przez **wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny z siedzibą w W.**

przy udziale **wykonawcy A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W.** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania;
   2) zasądza od **wykonawcy P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego z siedzibą w W.** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1165/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny z siedzibą w W. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę *statycznego płynu do perfuzji i przechowywania narządów prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Centralny szpital Kliniczny w W.".*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 9 marca 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 050-091666.

Wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W. (zwany dalej „Odwołującym") w dniu 8 czerwca 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, z uwagi, iż oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę wykonawcy A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W., odrzucenie oferty ww. wykonawcy, wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 czerwca 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 9 czerwca 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwanego dalej: „Przystępującym").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Dostawa *statycznego płynu do perfuzji i przechowywania narządów prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Centralny szpital Kliniczny w W.".*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ") zawierała m. in. następujące postanowienia:

Załącznik nr 2 do Formularza Oferty – formularz cenowy; Uwagi do pakietu: 1) Zamawiający wymaga, aby zaoferowany produkt leczniczy/wyrób medyczny mógł być przechowywany w warunkach pokojowych (…), 2) Zamawiający wymaga przedstawienia co najmniej dwóch publikacji w czasopismach międzynarodowych z nadanym współczynnikiem oddziaływania (IF-Impact Factor) wyrażających korzystną ocenę zaoferowanego płynu perfuzyjnego w badaniach klinicznych przeprowadzonych u chorych poddanych operacji przeszczepienia wątroby pobranej ze zwłok, perfundowanej i przechowywanej z użyciem ww. płynu – zgodnie z zapisami SIWZ.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 2 do Formularza Oferty – formularz cenowy/.

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane przez nich pytania, t.j.:

Pytanie nr 1
Z uwagi na ułatwienie logistyki pobrań narządów do przeszczepów oraz możliwość bezgotówkowych rozliczeń za zużyty przy pobraniu wielonarządowym płyn do perfuzji zwracam się z ważnym dla Zamawiającego i innych zespołów transplantacyjnych zapytaniem. Czy Zamawiający wymaga by oferowany płyn do perfuzji narządów był kompatybilny z płynem opisanym w przedmiocie zamówienia używanym w innych ośrodkach transplantacyjnych pod nazwą IGL-1?

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2017 r.
Tak Zamawiający wymaga, aby oferowany płyn do perfuzji i przechowywania narządów był kompatybilny z płynem IGL-1, pozostałe parametry SIWZ pozostają bez zmian.
Obowiązujący Formularz Cenowy zawierający ww. zmianę stanowi załącznik do niniejszego pisma.
Jednocześnie w niniejszym formularzu Zamawiający zastrzegł, że oferowany płyn do perfuzji i przechowywania narządów musi być kompatybilny z płynem IGL-1. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie produktu równoważnego klinicznie.
/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2017 r. wraz z załącznikiem – formularzem cenowym/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W.,
2. A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 maja 2017 r. /.

W dniu 30 maja 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 maja 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W. wniósł odwołanie w dniu 8 czerwca 2017 r.
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W. z dnia 8 czerwca 2017 r. /.

Ponadto Przystępujący pismem z dnia 22 czerwca 2017 r. złożył również odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.
/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Przystępującego na odwołanie wykonawcy P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I. P. S. z siedzibą w W. z dnia 22 czerwca 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy zauważyć, że Zamawiający odpowiedzią na pytanie wykonawcy stwierdził, że oferowany płyn do perfuzji i przechowywania narządów ma być kompatybilny z płynem IGL-1. Zgodzić należało się z Zamawiającym – w szczególności biorąc pod uwagę pytanie sformułowane przez wykonawcę odnoszące się do ułatwień logistycznych – że nie została przez Zamawiającego doprecyzowana definicja kompatybilności. Jednak nawet gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego za słuszne, to należy zauważyć, że Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne. Ponadto Zamawiający nie wymagał na potwierdzenie możliwości mieszania płynu oferowanego z płynem IGL-1 – jak twierdzi Odwołujący – stosownych dokumentów. Dodatkowo jak wskazał Zamawiający na rozprawie, owszem cechy obu płynów są różne, ale używane są do tego samego celu. Jak

zauważył Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie, nie wskazał wprost, że chodzi o to, aby ww. płyny miały się ze sobą mieszać. Gdyby rozumieć kompatybilność tak, jak to chce Odwołujący, mielibyśmy do czynienia z monopolem określonego płynu.

Ponadto jak dodał Zamawiający w literaturze nie spotkano się z opisem mieszania ww. płynów i nie są znane skutki takiego mieszania. Co do oferty Przystępującego, Zamawiający zauważył, że Przystępujący złożył stosowne oświadczenie, z których wynikało, że kompatybilność została zachowana, nie wymagał złożenia na tę okoliczność stosownych dokumentów. Zatem Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ. Należy pamiętać (co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO oraz sądów okręgowych), że podstawą odrzucenia oferty muszą być okoliczności znane Zamawiającemu, niebudzące żadnych wątpliwości, a Zamawiający w żaden sposób nie może domniemywać niezgodności treści oferty z SIWZ.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) 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), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

……