

Sygn. akt II Ca 629/12

Dnia 24 lipca 2012 roku

Sąd Okręgowy w Opolu II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Barbara Garycka

Sędziowie: SO Lidia Sowińska-Ludewicz (spr.)
SO Joanna Mbsćicka-Mazurek

Protokolant: st. sekr. sąd. Violetta Szum

po rozpoznaniu w dniu 18 lipca 2012 roku w Opolu

na rozprawie

sprawy z wniosku zamawiającego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Nysie

z udziałem wykonawcy PANEP s.r.o. Brnenska 1246,66501 Rosice u Brna Republika Czeska

o zamówienie publiczne

na skutek skargi wykonawcy

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 23 maja 2012 roku

sygn. akt KIO 979/12

I.

II

oddala skargę,

zasądza od wykonawcy PANEP s.r.o. Brnenska 1246, 66501 Rosice u Brna Republika Czeska na rzecz zamawiającego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Nysie kwotę 1.800 (Geden tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym.—.^

i rta oryginale wraścw

pad pisy
yw srdza

Wyrokiem z dnia 23.05.2012r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawcę PANEP s.r.o. Rosice u Brna Republika Czeska oddaliła odwołanie wykonawcy i obciążyła odwołującego kosztami postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Nysie.

Izba ustaliła, że odwołujący bezspornie nie spełnił wymagań SIWZ, w odniesieniu do obowiązku przedstawienia dokumentu potwierdzenia powiadomienia Prezesa odnośnego Urzędu o wprowadzeniu na rynek RP wyrobów medycznych oferowanych w części 5 zamówienia. Postanowienia SIWZ były jednoznaczne i wymagały przedstawienia zgłoszenia lub

powiadomienia w polskim Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych i Wyrobów Medycznych (...). Odwołujący przystąpił do przetargu na warunkach ustalonych w SIWZ i z góry podanych w ogłoszeniu - zobowiązany był zatem im się podporządkować. Zamówienie było podprogowe, a procedury odwoławcze nie obejmują postanowień SIWZ. Whiesionym odwołaniem odwołujący kwestionował w istocie wymagania SIWZ. Okoliczność bezsporną stanowiło, że dokumentów wymaganych w SIWZ nie przedstawił. Izba nie mogła oceniać innych dokumentów niż żądane w SIWZ i uznać ich za właściwe i wystarczające w odniesieniu do zakresu dokumentów podanych w SIWZ - w oparciu o przywoływane przez odwołującego unormowania odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Dla oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przesądzające znaczenie ma brzmienie postanowień specyfikacji.

Biorąc pod uwagę okoliczności stanu faktycznego i prawnego rozpoznawanej sprawy Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego na część 5 nie naruszył postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

p.z.p., ponieważ oferta nie spełniała wymagań określonych w SIWZ. W konsekwencji, nie można też było przypisać zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nierównego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy p.z.p.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych,

stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1, pkt 2b, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 201 Or. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, póź 238).

Skargę na orzeczenie Krajowej Izby odwoławczej z 23.05.2012r. wniósł wykonawca PANEP s.r.o. Rosice u Brna Republika Czeska zaskarżając to orzeczenie w całości. Skarżący wykonawca zarzucił

I. naruszenie przepisów postępowania, tj. regulacji Ustawy PZP, a to:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 Ustawy PZP przez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że w następstwie odrzucenia oferty skarżącego, jako rzekomo niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), która - w zakresie postanowień Rozdziału V pkt IV SIWZ - obowiązywała obok i wspólnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego (ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, Dz. U. Nr 107, póź 679 z późn. zm., zwanej dalej „Ustawą o wyrobach...”¹¹) i powinna być odczytywana w związku z brzmieniem powszechnie obowiązujących regulacji w/w ustawy, nie doszło zarówno do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie skarżącemu efektywnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia na dostawę wyrobów medycznych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i do podjęcia czynności sprzecznej z przepisami Ustawy PZP w postaci odrzucenia oferty skarżącego z powołanych powyżej przyczyn,

2. art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP przez ich niezastosowanie, skutkujące dywagacjami w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, jakoby faktyczną podstawą zarzutów sformułowanych przez skarżącego w złożonym odwołaniu była polemika z zapisami SIWZ, podczas gdy skarżący - w zgodzie z drugim z powołanych przepisów - podważał wyłącznie odrzucenie jego oferty, nie kwestionując - i to najistotniejsze - co wyraźnie artykułował (a podkreślał to także zamawiający) postanowień SIWZ, a wskazując jedynie, iż winny one być odczytywane w związku z obowiązującymi obok i równolegle regulacjami powszechnie obowiązującej Ustawy o wyrobach..., co zostało potraktowane przez Izbę - w wywodach zamieszczonych w uzasadnieniu wyroku - jako kwestionowanie postanowień SIWZ i w konsekwencji skutkowało rozpoznaniem sprawy z przekroczeniem granic wyznaczonych sformułowanymi w odwołaniu zarzutami;

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

1. art. 58 ust. 1 Ustawy o wyrobach... przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż obowiązek dokonywania powiadomień Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej: „Prezesa Urzędu”) o wprowadzeniu na terytorium RP wyrobu przeznaczonego do używania na tym terytorium, wynika z powołanego przepisu Ustawy o wyrobach...;

2. art. 58 ust. 3 Ustawy o wyrobach... przez jego niewłaściwą interpretację, skutkującą uznaniem, że na każdym potencjalnym wykonawcy, ubiegającym się o uzyskanie zamówienia publicznego na dostawę wyrobów medycznych, spoczywa obowiązek dokonywania powiadomień Prezesa Urzędu o wprowadzeniu na terytorium RP wyrobu przeznaczonego do używania na tym terytorium, podczas gdy obowiązek ten dotyczy wyłącznie wykonawców będących dystrybutorem bądź importerem i mających miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a nie wykonawców będących dystrybutorami bądź importerami z siedzibą w innym państwie członkowskim UE, którzy dokonali rejestracji tych wyrobów na terenie tego państwa członkowskiego, jakim jest skarżący.

Wg skarżącego wykonawcy Izba dopuściła się w/w naruszeń prawa materialnego, zamieszczając jedynie pewne - fragmentaryczne wywody na temat obowiązków rejestracyjnych określonych w powołanej wyżej ustawie, w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia (str. 22 uzasadnienia), czyniąc jednocześnie wcześniej główne założenie, iż „[...] rozpatrując sprawę, poddała weryfikacji skarżone czynności zamawiającego podjęte wobec oferty odwołującego - wyłącznie w aspekcie wymagań zawartych wprost w SIWZ...”. Tym samym skarżący stawia niniejszym główny zarzut naruszenia w/w przepisów prawa materialnego przez ich niezastosowanie, mimo, iż obowiązywały one w postępowaniu o zamówienie obok regulacji SIWZ i łącznie z nimi.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący wnosil o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia (także w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego) przez uwzględnienie odwołania wykonawcy PANEP s.r.o. i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego (skarżącego) PANEP s.r.o., na część 5 zamówienia;
 - b) unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Mercator Medical S.A., jako najkorzystniejszej w części 5 zamówienia;
 - c) powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część 5 zamówienia, spośród ofert ważnych, w oparciu o kryterium oceny ofert przewidziane postanowieniami SIWZ oraz przy uwzględnieniu przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym w szczególności regulacji Ustawy o wyrobach...;
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zaliczenie na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 7.500,00 zł uiszczonej przez odwołującego (skarżącego) tytułem wpisu od odwołania i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego (skarżącego) w/w kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w tym postępowaniu, zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem pełnomocników odwołującego (skarżącego), tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego (skarżącego) kwoty 3.839,00 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:
- a) SIWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sterylnych obłożeń i serwet chirurgicznych, masek, czepków, fartuchów ochronnych jednorazowego użytku, pokrowców na obuwie oraz pokrywk higienicznych (znak postępowania ZP-13/2012), zwanego dalej „Postępowaniem nr ZP-13/2012”;
 - b) SIWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu medycznego dla Oddziału Okulistycznego Zamawiającego (znak postępowania ZP-4/2012), zwanego dalej „Postępowaniem nr ZP-4/2012”, przy jednoczesnym zobowiązaniu Zamawiającego do przedłożenia - w trybie art. 248 § 1 k.p.c. - oryginału całego dokumentu;
 - c) zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu nr ZP-4/2012 z dnia 23 kwietnia 2012r.;
 - d) Certyfikatu wolnej sprzedaży z dnia 19 października 201 Or. wraz z jego tłumaczeniem na język polski, znajdującego się w aktach postępowania odwoławczego i Postępowania nr ZP-13/2012,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w tym postępowaniu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi wykonawca wskazał, że postanowienia SIWZ były dla niego jasne i niebudzące wątpliwości, czego jednak nie można utożsamiać z odczytywaniem ich w sposób dosłowny, czy pozbawiony logiki i racjonalności, a nadto należy mieć przede wszystkim na uwadze, że obok SIWZ, a nawet w pierwszeństwie, mają zastosowanie przepisy prawa materialnego powszechnie obowiązującego, a w szczególności Ustawy o wyrobach... W doktrynie prawa zamówień publicznych podkreśla się wręcz, że „[...]Wykonawca jest zobowiązany do rzetelnego podejścia do sporządzenia oferty i interpretowania zapisów specyfikacji w sposób logiczny, a nie tylko dosłowny i literalny...”. Trudne do pogodzenia z powyższym wskazaniem zakładającym racjonalność wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby jednak oczekiwanie od skarżącego posiadania dokumentów, potwierdzających realizację obowiązków, których na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów prawa (art. 58 Ustawy o wyrobach..., w szczególności art. 58 ust. 3) nie jest adresatem.

W świetle powyższego irrelevantne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy mają wywody, zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, a sprowadzające się do stwierdzenia, iż skarżący mógł złożyć wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ (art. 38 ust. 1 Ustawy PZP), czy poinformować - w trybie art. 181 ust. 1 Ustawy PZP - o niezgodnej z jej przepisami czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (uzasadnienie..., str. 18). Sprawa wywołana wniesieniem odwołania powinna zostać bowiem - w zgodzie z przepisem art. 192 ust. 7 Ustawy PZP - rozpoznana w granicach zarzutów złożonego środka ochrony prawnej, a te wymagały odniesienia się do przepisów Ustawy o wyrobach..., które tonie tylko zostały przez Izbę zdawkowo powołane, ale również błędnie zinterpretowane.

Oddział skarżącego nie jest bowiem dystrybutorem, czy importerem wyrobów medycznych o których mowa w art. 58 ust. 3 Ustawy o wyrobach... z uwagi na niespełnianie ustawowych przesłanek, właściwych tym podmiotom (odpowiednio: art. 2 pkt 12 i 13 ustawy o wyrobach...). Czynności dystrybutora wykonuje skarżący, jednak - jak słusznie podkreślono w uzasadnieniu do rządowego projektu Ustawy o wyrobach ... - (...). Zwraca się uwagę, że określenia „dystrybutor” i „importer” (art. 2 ust. 1 pkt 12 i 13) dotyczą podmiotów z siedzibą w państwie członkowskim, natomiast projekt ustawy (jak i sama Ustawa o wyrobach... - przyp. własny) nakłada niektóre obowiązki wyłącznie na podmioty z miejscem zamieszkania lub siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (...). Takim właśnie obowiązkiem jest powiadamianie Prezesa Urzędu, w trybie art. 58 ust. 3 Ustawy o wyrobach..., ciążące na dystrybutorze i importerze mających siedzibę/miejsce zamieszkania na terytorium RP - zwraca uwagę fakt, że ustawodawca dokonał celowego odróżnienia treści regulacji art. 2 ust. 1 pkt 12 i 13 Ustawy o wyrobach ... gdzie używa pojęcia państwa członkowskiego, od art. 58, w którym posługuje się pojęciem siedziby na terytorium RP (gdyby chciała osiągnąć inny cel, nic nie stało na przeszkodzie użyciu pojęcia państwa członkowskiego także na gruncie regulacji art. 58).

Zamawiający Zespół Opieki Zdrowotnej w Nysie wniósł na rozprawie odwoławczej o oddalenie skargi i o zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga wykonawcy PANEP s.r.o. Rosice u Brna Republika Czeska nie podlega uwzględnieniu.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę zgodnie z art. 198 pkt 4 p.z.p. obligowany był koncentrować się jedynie na

zarzutach objętych odwołaniem wykonawcy.

Zarzuty te sprowadzały się do kwestionowania podstaw do odrzucenia przez zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej w Nysie oferty skarżącego wykonawcy z uwagi na brak spełnienia przez tego wykonawcę wymagań SIWZ wobec nieprzedstawienia potwierdzenia powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych i Wyrobów Medycznych o wprowadzeniu na rynek polski wyrobów medycznych opisanych w punkcie 5 zamówienia.

Niewątpliwym jest, że skarżący wykonawca został w sposób prawidłowy zapoznany z treścią SIWZ i wymagań SIWZ nie zakwestionował a wręcz przeciwnie, składając ofertę skarżący wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał się z obowiązkami wykonawcy i akceptuje je bez zastrzeżeń. Równocześnie w spisie załączników do oferty pod pozycją 18 zostało ujęte oświadczenie o rejestracji wyrobów medycznych, które nie zostało przedłożone.

Z oświadczenia z dnia 30.06.2011r. dołączonego do oferty wynika jedynie w ocenie wykonawcy obowiązki rejestracyjne i zgłoszeniowe, o których mowa w Rozdziale 7 ustawy z 20.05.201 Or. o wyrobach medycznych (Dz. U. nr 107, poz. 679) nałożone na wytwórców, autoryzowanych przedstawicieli, importerów i dystrybutorów wyrobów medycznych nie mają zastosowania do wykonawcy w związku z tym, że PANEP s.r.o, Rosice u Brna Republika Czeska nie posiada siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Mimo wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ, które były jednolite dla wszystkich oferentów, wykonawca powyższego nie wykonał.

Należy podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, iż dla oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesądzające znaczenie ma brzmienie postanowień specyfikacji. Skoro wykonawca nie zgadzał się z jej wymogami mógł także w warunkach zamówienia podprogowego skorzystać z procedury wynikającej z art. 181 ust. 1 p.z.p., a nie sprowadzać treści zarówno odwołania jak i skargi do kwestionowania wymagań SIWZ o treści obowiązującej wszystkich wykonawców. Sygnalizacja ewentualnych uchybień w treści SIWZ była możliwa do czasu wyboru oferty przez zamawiającego i umożliwiała mu odniesienie się do zgłoszonych zastrzeżeń w trybie art. 181 ust. 2 p.z.p.

Wrazie uwzględnienia sygnalizowanych uwag zamawiający miał możliwość ujednolicenia wymagań w stosunku do wszystkich uczestniczących w przetargu poprzez powtórzenie czynności i poinformowanie innych wykonawców w sposób przewidziany w p.z.p.

Postępowanie toczące się w oparciu o przepisy ustawy prawa o zamówieniach publicznych ma służyć jak najszybszemu wyłonieniu wykonawcy najlepiej spełniającego wymagania SIWZ. Podejmowanie po terminie wskazanym w art. 181 ust. 1 p.z.p., a nawet po wybraniu oferty działań zmierzających do kwestionowania dopiero na tym etapie treści SIWZ należy uznać za spóźnione, tym bardziej, w sytuacji wcześniejszej ich akceptacji.

Działanie takie należy oceniać jako niezgodne z celem postępowania o zamówienie publiczne i naruszające zasadę konkurencji jako zaskakujące zarówno zamawiającego obowiązane go traktować w sposób równorzędny wszystkich wykonawców jak i uczestników przetargu, którzy sprościli warunkom ustalonym przez zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu skarżący wykonawca bezspornie nie spełnił jednolitych dla wszystkich wykonawców i niekwestionowanych przez niego przed wyborem ofert wymagań SIWZ, zatem należy w pełni podzielić treść zaskarżonego orzeczenia i skargę PANEP s.r.o. Rosice u Brna Republika Czeska uznać za bezzasadną należało oddalić w oparciu o art. 198 ust. 2 p.z.p.

Jedynie pobocznie wobec treści zarzutów skargi wskazać należy, że wykorzystując możliwość wynikającą z art. 38 p.z.p. lub instytucję sygnalizacji z art. 181 ust. 1 p.z.p. skarżący wykonawca miał możliwość wskazania, iż dla wyrobów, dla których nie jest wymagane zgłoszenie do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych należy złożyć zamawiającemu oświadczenie w tym przedmiocie lub dokument potwierdzający dopuszczenie dokumentu do stosowania lub informację z europejskiej bazy danych o wyrobach medycznych EUDAMED, jeżeli wyrób został prawidłowo zgłoszony w państwie członkowskim UE. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak wynika z treści wyjaśnień zawartych w pismach zamawiającego nie była wymierzona w zasadę konkurencji, a wynikała ze specyfiki usług świadczonych przez zamawiającego i konieczności zapewnienia jej ciągłości bez konieczności podejmowania dodatkowych procedur związanych z wprowadzeniem do obrotu przez zamawiającego jako świadczeniodawcę wyrobu, którego wytwórca nie ma miejsca zamieszkania lub siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Nieuprawnionym jest jednak stawianie przez wykonawcę zarzutów co do treści SIWZ dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Z uwagi na zasadę działania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy ściśle interpretować postanowienia specyfikacji, jeżeli ich treść nie została zakwestionowana. Konsekwencją niedostosowania się do wymogów SIWZ z uwagi na cel postępowania o zamówienie publiczne jest odrzucenie oferty takiego wykonawcy w celu wykluczenia jakiegokolwiek uznaniowości w wyborze ofert.

Art. 29 p.z.p. kładzie nacisk na jednoznaczne sformułowanie przedmiotu zamówienia i warunek ten został przez zamawiającego spełniony. Natomiast niespełnienie wymagań przez skarżącego i nieprzedłożenie wymaganych dokumentów skutkować musiało odrzuceniem oferty.

Nie jest natomiast rolą sądu na tym etapie postępowania badać znaczenia treści wymagań SIWZ w sytuacji ich jednoznacznego brzmienia.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi uzasadnia wynik tego postępowania oraz treść art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 p.z.p., a jego wysokość wynika z wartości przedmiotu zaskarżenia i § 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163 poz. 1349 z późn. zm.).