

Sygn. akt: KIO/UZP 185/10

WYROK
z dnia 19 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Tarnowie, ul. Lwowska 178A, 33-100 Tarnów** protestu z dnia 13 stycznia 2010 r. wniesionego przez **Comesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa**

przy udziale **Comesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **432 zł 00 gr** (słownie: czterysta trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego im. św. Łukasza Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Tarnowie, ul. Lwowska 178A, 33-100 Tarnów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu oraz dojazdu na rozprawę,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**.

U z a s a d n i e

Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Tarnowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę odczynników do hematologii na okres 3 lat wraz z dzierżawą analizatorów”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 4 listopada 2009 r., nr 2009/S 212-305628.

Pismem z dnia 13 stycznia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) wykonawca Comesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Comesa”, Odwołujący wniósł protest wobec:

1. zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na niezgodność z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
 2. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
 3. zaniechania wyboru oferty Comesa jako najkorzystniejszej,
- zarzucając Zamawiającemu:
1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie,

2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Odwołującego nie będącej ofertą najkorzystniejszą oraz zaniechanie wyboru oferty wykonawcy Comesa będącej ofertą najkorzystniejszą,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców,
4. naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako nie odpowiadającej treści SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp,
2. dokonanie wyboru oferty wykonawcy Comesa jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wykonawca Comesa wskazał m.in., iż jednym z wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ było zaoferowanie przez wykonawcę materiału kontrolnego do wykonania codziennej kontroli dla wszystkich parametrów na trzech poziomach, normalnym i patologicznym (pkt 6 opisu przedmiotu zamówienia). Natomiast Odwołujący zaoferował materiał kontrolny w ilości 10 opakowań każdego poziomu na okres 3 lat i ilość ta jest znacznie niedoszacowana, gdyż nie zapewnia wykonania codziennych badań kontrolnych zgodnie z postawionym wymogiem, a tym samym oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 13 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 18 stycznia 2009 r.).

W dniu 18 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma wykonawcy Comesa. Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego nie doszacowania ilości materiału kontrolnego wskazał, iż w złożone ofercie zaoferował 20 pakietów, zabezpieczając w ten sposób 2040 aspiracji kontrolnych. Natomiast pozostałe aspiracje (w sumie 150) są zabezpieczone dla Zamawiającego z pakietu kontroli, które są dostarczane w tzw. „pakiecie startowym” dostarczonym standardowo przez Odwołującego na rozpoczęcie instalacji – wraz z innymi częściami, kalibratorami i odczynnikami potrzebnymi do uruchomienia aparatu, a koszty instalacji i uruchomienia obciążają Odwołującego i zostały ujęte w cenie oferty.

Pismem z dnia 22 stycznia 2010 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 25 stycznia 2010 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego uwzględnienie w części dotyczącej zarzutu nie doszacowania ilości kontroli służącej do kontrolowania badań morfologii krwi, wskazując

iż występuje różnica pomiędzy ilością kontroli oferowaną przez Odwołującego w złożonej ofercie, a ilością wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ]. Brakująca ilość – jak oświadczył Odwołujący, przystępując do postępowania wszczętego na skutek wniesionego protestu - zaferował w tzw. pakiecie startowym dostarczanym standardowo przez Odwołującego wraz z urządzeniem. Wskazał także, iż Odwołujący „pakietu startowego” nie uwzględnił w ofercie.

W pozostałym zakresie Zamawiający protest oddalił.

Pismem z dnia 2 lutego 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 5 lutego 2010 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 2 lutego 2010 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 2 lutego 2010 r.), podtrzymując żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście, a które zawarł w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, wnosząc o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. oddalenie protestu wniesionego przez wykonawcę Comesa z uwagi na niezasadność podniesionych w nim zarzutów,
2. utrzymanie w mocy decyzji o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryterium oceny ofert.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż nawet gdyby hipotetycznie przyjąć za zasadny zarzut dotyczący niedoszacowania liczby kontroli służącej do kontrolowania badań morfologii krwi, to uchybienie takie jest nieistotne i nie wpływające na wynik postępowania, a to ze względu na znikomą wartość nieoszacowanych odczynników (4.494,00 zł) oraz możliwość skorygowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 17 marca 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comesa przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale I SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał szczegółowe wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym w punkcie 6 podał, iż „do ilości oznaczeń należy doliczyć badania kontrolne (należy uwzględnić kontrole na 3 poziomach normalnym i patologicznym dla wszystkich parametrów codziennie zgodnie z Rozporządzeniem Ministra z dnia 21.01.2009.), kalibracje”. Nadto zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą „Wykazu asortymentowego i cenowego” sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w tabeli którego zamieścił pozycje „Krew kontrolna”.

Bezspornym jest, iż Odwołujący w załączonym do oferty „Wykazie asortymentowym i cenowym” wskazał ilość oferowanego materiału kontrolnego.

Bezspornym jest także, iż powyższe zakwestionował Przystępujący, jak i Zamawiający, uznając że ilość ta nie zapewnia wykonania codziennych badań kontrolnych zgodnie z wymogami SIWZ.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią SIWZ, a więc wymogami postawionymi przez Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli zaoferować taką ilość badań kontrolnych, która zabezpieczy prawidłowe ich wykonanie w okresie objętym przedmiotem niniejszego zamówienia. Ich ilości Zamawiający nie mógł ustalić samodzielnie na etapie przygotowywania SIWZ, gdyż jest ona uzależniona – co przyznały na rozprawie Strony oraz Przystępujący – od typu zaoferowanego aparatu, a także ilości kontroli w opakowaniu. Tak więc wykonawcy, składając ofertę zobowiązani byli zaoferować ilość badań kontrolnych niezbędną do realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem Odwołujący w „Wykazie asortymentowym i cenowym” zaoferował taką ilość kontroli (ściśle określoną w przedmiotowym wykazie), która nie zapewnia pełnej ilości kontroli. Natomiast brakującą ilość badań kontrolnych – jak konsekwentnie podnosił w pismach procesowych oraz na rozprawie - zawarł w pakiecie startowym. Niemniej jednak nie potrafił on wskazać w złożonej ofercie miejsca, w którym informacja ta została zawarta. Powyższe miałyby wynikać z treści złożonego przez niego oświadczenia, w którym zobowiązał się m. in. do tego, iż „(...) zabezpieczy szkolenie personelu medycznego w zakresie obsługi analizatorów”, jak również projektu zaakceptowanej przez niego umowy w części dotyczącej instalacji i uruchomienia aparatu oraz przeszkolenia personelu Zamawiającego w zakresie uruchamiania i eksploatacji zaoferowanego aparatu (§ 3 ust. 2 b), §4 ust. 1 b) i c)). W ocenie Izby zarówno złożone oświadczenie oraz projekt umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą wyłonionym w wyniku przeprowadzonego postępowania, w żaden sposób nie wskazują, jaka ilość i czy w ogóle zostanie ona przez niego zaoferowana w pakiecie startowym. W treści oferty brak jest bowiem jakiegokolwiek wzmianki o pakiecie startowym, a Odwołujący jako profesjonalista w tej dziedzinie powinien był zaoferować pakiet niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia,

jednoznacznie wskazując oferowaną ilość w treści złożonej oferty. Argumenty Odwołującego jakoby informacji tej nie zawarł, gdyż Zamawiający żądał złożenia „Wykazu asortymentowego i cenowego” określonej treści, nie przewidując możliwości dokonywania jakichkolwiek adnotacji, jak również okoliczność, iż ów pakiet załączany jest standardowo do dostarczanego aparatu, nie zasługują na uwzględnienie, gdyż informacja taka nie wynika z żadnego dokumentu załączonego do oferty. Natomiast zawarcie tak istotnej informacji wiązało się ze spełnieniem przez wykonawcę wymogów stawianych przez Zamawiającego, a tym samym uznaniem zgodności treści oferty z treścią SIWZ, bądź jej nieuznaniem. Tym samym dywagowanie na temat pakietu startowego, i zawartych w nim brakujących badań kontrolnych w sytuacji, gdy na temat owego pakietu oferta milczy jest nieuprawnione. Odwołujący poza odwoływaniem się do treści złożonego oświadczenia o zainstalowaniu i przeszkoleniu pracowników nie potrafił bowiem wskazać, w którym miejscu oferty mowa o tym pakiecie. Pakiet startowy - jak ustalono na rozprawie – służy jedynie szkoleniu i instalacji, i teoretycznie może się zdarzyć sytuacja, czemu Strony nie zaprzeczyły, iż w tym właśnie czasie (szkolenia) pakiet badań kontrolnych zostanie zużyty w całości, przy czym za niedopuszczalne Zamawiający i Przystępujący uznał „dobieranie” kontroli z pakietu startowego, podnosząc iż czynności te należy odróżnić od faktycznej pracy aparatu, jak również wskazując na konieczność zakupu używanego materiału.

Skoro więc Zamawiający żądał złożenia stosownego oświadczenia dotyczącego ilości zaoferowanych badań kontrolnych Odwołujący takie oświadczenie zawierające pełną ilość zaoferowanych badań kontrolnych powinien był złożyć, a czego niewątpliwie nie uczynił. Tym samym Zamawiający zobowiązany był odrzucić jego ofertę.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej możliwości poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp podnieść należy, iż – jak oświadczył Odwołujący na rozprawie – złożona przez niego oferta jest zgodna z jego intencjami oraz wymaganiami i oczekiwaniami Zamawiającego. Oznacza to więc, iż treść złożonej przez niego oferty niezgodna jest z treścią nie tylko, że zamierzonego, ale nawet i faktycznie złożonego przez niego oświadczenia, co w konsekwencji powoduje niezgodność jego oferty z treścią SIWZ. Tym samym dokonanie jakiegokolwiek poprawy w ofercie Odwołującego spowodowałoby w istocie nieuprawnioną ingerencję w treść złożonego przez niego oświadczenia.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 432,00 zł, na podstawie faktury oraz kserokopii biletów złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....