

Sygn. akt: KIO 2384/11

WYROK

z dnia 22 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2011 r. przez wykonawcę: **Siemens Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Siemens Sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Siemens Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *„Zakup i sukcesywna dostawa odczynników do badań równowagi kwasowo-zasadowej i elektrolitowej z modułem CO-oksymetrii kontrolami, materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi wraz z dzierżawą aparatów”* zostało wszczęte przez Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 133-221346) w dniu 14 lipca 2011 r.

Pismem z dnia 25 października 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 4 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 7 listopada 2011 r. wykonawca: Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż zawarł on w złożonej przez siebie ofercie nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania. Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż stwierdzenie wskazanych przez niego sprzeczności w treści oferty złożonej przez Przystępującego, rodziły po stronie

Zamawiającego obowiązek odrzucenia tej oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Poprzez dokonanie opisanych czynności, czy też zaniechanie ich dokonania, Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz ust. 4) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ewentualnie odrzucenia złożonej przez Przystępującego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izbą. Oświadczył on, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wniósł on sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W ocenie Przystępującego odwołanie powinno zostać oddalone w całości. Twierdził, iż złożona przez niego oferta, nie zawiera informacji nieprawdziwych, a jeśliby nawet za takie uznać te, które wskazywał Odwołujący, to niewątpliwym jest, iż nie miały one żadnego wpływu na wynik postępowania. Niezależnie od powyższego podnosił, iż treść złożonej przez niego oferty odpowiada treści SIWZ, zaś Odwołujący zarzuca jej niezgodność z wymogiem, który nie był treści SIWZ ustanowiony.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Podczas posiedzenia niejawnego Izby z udziałem stron Zamawiający oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, wobec czego Przystępujący wniósł sprzeciw.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także pozostałe dokumenty złożone wraz z odwołaniem oraz w toku rozprawy tak przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ – formularz oferty zawierający w sobie opis przedmiotu zamówienia – w części „*Parametry techniczne*”, w pkt. 2.2 wymagał aby dostarczony mu analizator umożliwiał badanie następujących parametrów: „*ph, pO₂, pCO₂, Na⁺, K⁺, CL⁻, Ca⁺⁺, tHb, glukoza, mleczany, LAC, bilirubina, O₂Hb, COHb, MetHb, SO₂*”. W pkt 2.8 tej samej części załącznika nr 4 do SIWZ zawarł następujący wymóg: „*Automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa bez użycia butli gazowych*”. W odniesieniu do każdego z parametrów opisanych w tejże części formularza oferty Zamawiający wskazał, iż jest on warunkiem granicznym oraz oczekiwał od Wykonawcy jednoznacznej deklaracji, czy oferowany przez niego analizator charakteryzuje się wymaganym parametrem (w tabeli zawierającej opis parametrów, w odniesieniu do każdego z nich pozostawiono pustą kolumnę opisaną hasłem „*TAK/NIE*”).

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w części „*Panel badań*” formularza ofertowego poinstruował Wykonawców, że „*materiały eksploatacyjne niezbędne do kontynuowania oznaczeń należy zamieścić w oddzielnej tabeli uwzględniając panel i ilość oznaczeń w odniesieniu do konstrukcji technologicznej analizatora*”. Zgodnie z powołaną instrukcją formularz oferty zawierał część opisaną jako „*asortyment – tabela 4*”. Konstrukcja tej tabeli pozwalała ją dostosować do zakresu asortymentu oferowanego przez wykonawcę i miała charakter otwarty.

Niezależnie od powyższego, w powołanym formularzu, zawarta została część opisana jako „*Parametry oceniane analizatorów*”. W ramach tej części, w pkt 3.3 opisana została następująca pożądana przez Zamawiającego cecha: „*Objętość próbki krwi: - ph, pO₂, pCO₂ max 50 µl, - wszystkie parametry maximum 186 µl*”. Zgodnie z informacją zawartą w tabeli, Zamawiający za jej zaoferowanie przewidywał przydzielenie maksymalnie 10 punktów.

Zgodnie z pkt 14 SIWZ Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert – cenę, której przypisał wagę 60%, oraz ocenę medyczno-techniczną – wagę 40%.

Przed upływem terminu składania ofert dwóch Wykonawców (Odwołujący i Przystępujący) złożyło Zamawiającemu swoje oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 25 października 2011 r. poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucał Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż ten w swojej ofercie zawarł nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Twierdził on, iż oferowany przez Przystępującego analizator nie posiada automatycznej kalibracji parametru tHb. Tym samym wpisanie do formularza oferty przez tego Wykonawcę w pkt 2.8 formularza oferty („*Automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa bez użycia butli gazowych*”) słowa „TAK”, było informacją nieprawdziwą. Przystępujący twierdził, iż kalibracja powołanego parametru nie jest automatyczna, a manualna. Wymaga ona bowiem udziału użytkownika poprzez każdorazowe ręczne podanie ampułki z kalibratorem tHb do aparatu. Fakt ten potwierdzać miała okoliczność, iż Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie w części opisanej jako „*asortyment – tabela 4*” w pkt 4.4 zaoferował odrębny kalibrator dla tego parametru. Pozwalało to, w ocenie Odwołującego, uznać, iż treść oferty w pkt 4.4 jest sprzeczna z pkt 2.8. Uzasadniało to uznanie, że zawiera ona informacje nieprawdziwe, a ponadto jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił zasadności podnoszonego przez siebie zarzutu. Pamiętać należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba, wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Ustalenia tego dokonuje na podstawie dowodów przedstawionych przez strony i uczestników postępowania. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na nich ciąży obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą oni skutki prawne. Dowody takie mogą

być przedstawione do zamknięcia rozprawy. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, iż na Odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia słuszności podnoszonego przez siebie zarzutu.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów, ażeby można było uznać, iż oferta złożona przez Przystępującego zawiera informacje nieprawdziwe.

W ocenie Izby, z przywołanego pkt 2.8 formularza oferty wywieść należy, iż Zamawiający wymagał, aby oferowany mu analizator charakteryzował się automatyczną kalibracją jedno i dwupunktową bez użycia butli gazowych. Odwołujący nie wykazał, aby SIWZ w jakimkolwiek swym postanowieniu definiowała pojęcie kalibracji jedno i dwupunktowej. Żadnego dowodu na potwierdzenie prezentowanego przez siebie rozumienia tegoż pojęcia Odwołujący nie przedstawił. Szczegółowe znaczenie określeń opisujących parametry użytkowe urządzeń medycznych, takich jak oferowany Zamawiającemu analizator, nie są faktem powszechnie znanym, stąd też wymagają one odpowiedniego dowodu. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił takiego na potwierdzenie prezentowanego przez siebie poglądu, iż kalibracja analizatora dla parametru tHb jest kalibracją jednopunktową. Nie przedstawił on też żadnego dowodu na poparcie swojego twierdzenia, iż pojęcia kalibracja jedno i dwupunktowa są ogólnie stosowaną nomenklaturą i obejmują one każdy rodzaj kalibracji analizatora, jaki jest niezbędny do przeprowadzenia dla osiągnięcia prawidłowych wyników badań.

Z przedstawionych przez Odwołującego dowodów wynika jedynie, że kalibracja modułu COOX (kalibracja COOX) nie jest automatyczna, ponieważ wymaga ona udziału użytkownika, czym wyraźnie odróżnia się od opisanej w dokumentach złożonych przez Przystępującego kalibracji 1P i 2P, która jest przeprowadzana w pełni automatycznie. Fakt ten potwierdzają także dokumenty przedstawione przez Przystępującego (strona B-22: „*oksymetr nie jest kalibrowany automatycznie, ale poprzez zlecenie użytkownika, a pomocą funkcji oprogramowania Kalibracja COOX*”). Co istotne Odwołujący nie kwestionował, iż powołana kalibracja 1P i 2P jest wskazaną przez Zamawiającego w SIWZ kalibracją jedno i dwupunktową. Wywodził jedynie, że pojęcie to obejmuje też inne kalibracje opisane w przedstawionych Izbie dokumentach, a zatem kalibrację systemową oraz kalibrację COOX. W ocenie Izby twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi dowodami, podobnie jak to, iż kalibracja analizatora dla parametru tHb jest kalibracją jednopunktową. Dlatego też, mając na uwadze, iż nie został przeprowadzony przed Izbą dowód potwierdzający prawdziwość powołanych twierdzeń, Izba uznała, iż nie może uznać ich za udowodnione, a tym samym oprzeć na nich swojego rozstrzygnięcia o zasadności podnoszonego przez Odwołującego zarzutu.

W ocenie Izby z pkt 2.8 formularza oferty wywieść należy, iż Zamawiający wymagał, aby oferowany mu analizator charakteryzował się automatyczną kalibracją jedno i dwupunktową. I tylko w odniesieniu do takiego rodzaju kalibracji analizatora wymagań można na podstawie tegoż zapisu, aby była ona automatyczna. Z zapisu tego nie wynika jednak, iż cecha automatyczności odnosić się ma także do innego rodzaju kalibracji analizatora. A jak wskazano to powyżej, Odwołujący nie udowodnił, iż inne rodzaje kalibracji opisane w przedstawionych tak przez niego, jak i Odwołującego, dokumentach mieszczą się w pojęciu kalibracji jedno i dwupunktowej.

Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący zawarł w swojej ofercie informacje nieprawdziwe, a tym samym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie wykazał także, że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Kolejnym zarzutem, podnoszonym przez Odwołującego niezależnie, od wyżej opisanych, było twierdzenie, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt podania przez niego nieprawdziwych informacji w pkt 3.3 formularza oferty. Oświadczył on w powołanym punkcie w odniesieniu do całego określonego tam wymogu, iż oferowany przez niego analizator charakteryzuje się wymaganym tam parametrem. Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego informacja ta jest nieprawdziwa.

Izba na podstawie przedstawionych jej dokumentów, uznała, iż zasadnie Odwołujący podnosił, iż maksymalna wielkość próbki krwi jest większa, aniżeli określone przez Zamawiającego 186 μ l. Twierdzenie to zostało poparte dowodem z treści folderu przedstawionego wraz z odwołaniem, zgodnie z którym maksymalna objętość próbki to 220 μ l. Istotną okolicznością było również przyznanie przez Przystępującego, iż na potrzeby składanych Zamawiającemu wyjaśnień zmodyfikował on treść dokumentu opisującego właściwości oferowanego analizatora. Uznał on bowiem, iż wystarczającą jest dla Zamawiającego informacja o typowej objętości próbki. Przyznanie to współbrzmi z przedstawionym przez Odwołującego dowodem z treści strony 2-29 instrukcji obsługi oferowanego przez Przystępującego analizatora. Wobec czego Izba uznała, iż nie budzi ono wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Szczególnie wobec faktu, iż wielkości opisane objętość próbki krwi ujawnione w wyjaśnieniach Przystępującego są takie same, jak w dokumencie przedstawionym przez Odwołującego. Mając na uwadze tak poczynione ustalenia, Izba uznała, iż Odwołujący oświadczając „TAK” w odniesieniu do treści wymogu opisanego w pkt 3.3 formularza oferty, bez dokonania żadnych adnotacji, iż deklaracja ta odnosi się jedynie do pierwszej części tegoż wymogu, zawarł w swej ofercie

nieprawdziwe informacje. Niemniej jednak w ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie, nie można było uznać, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu. Nie zostało bowiem wykazane, iż informacje te miały wpływ na wynik postępowania. Decydującym dla takiego rozstrzygnięcia było oświadczenie Zamawiającego, znajdujące odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, iż uznał on na podstawie dokonanej analizy dokumentów przedstawionych mu, tak w ofercie, jak i w toku postępowania o udzielenie zamówienia (wyjaśnienia, a następnie uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), iż Przystępujący nie wykazał, iż oferowany przez niego analizator charakteryzuje się cechą opisaną w części drugiej pkt 3.3 formularza oferty (maksymalna objętość próbki), dlatego też nie przyznał ofercie tego wykonawcy punktów za spełnianie powołanego parametru. Twierdzenie te nie było w żaden sposób podważane przez Odwołującego. Dlatego też Izba uznała, iż zawarcie przez Przystępującego w treści swej oferty, w pkt 3.3, nieprawdziwych informacji nie miało wpływu na wynik postępowania, a zatem nie może zostać uznany zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

