

Sygn. akt: KIO 2425/11

POSTANOWIENIE
z dnia 24 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **w dniu 24 listopada 2011 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Tomaszewski Centrum Zdrowia Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 35, 97-200 Tomaszów Mazowiecki**

przy udziale wykonawcy **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2425/11 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Tomaszów Mazowiecki** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych - w zakresie Pakietu 2 - dzierżawa odczynników do badań immunochemicznych, materiałów zużywalnych, kontrolnych i kalibratorów wraz z dzierżawą analizatora do wykonywania tych badań w okresie 12 miesięcy, zostało wszczęte przez Tomaszewskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 35, 97-200 Tomaszów Mazowiecki zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za dnia 23.09.2011 r. pod numerem 303734-2011.

W dniu 08.11.2011 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, tj. wyborze: zwane dalej: „SIEMENS Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” oraz odrzuceniu oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Tomaszów Mazowiecki zwanego dalej: „Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 10.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 180 ust. 1 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.11.2011 r. (faxem). Odwołujący podnosił niezgodność z Pzp czynności Zamawiającego polegającej na bezprawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawnym dokonaniu wyboru oferty Siemens Sp. z o.o. (Pakiet 2 - Odczynniki do badań immunochemicznych, materiały zużywalne, kontrolne, kalibratory wraz z dzierżawą analizatora do wykonywania tych badań). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i wadliwego zastosowania (lub zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: 1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 3. Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia podanym w Rozdz. III i IV SIWZ, w ramach Pakietu 2 Zamawiający oczekiwał zaoferowania odczynników do badań immunochemicznych, materiałów zużywalnych, kontrolnych i kalibratorów wraz z dzierżawą analizatora do wykonywania tych badań. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w zał. nr 2, gdzie w 27 wierszach tabeli określono parametry graniczne dla analizatora immunochemicznego, a także warunki dodatkowe (5 podpunktów). Z kolei w Rozdz. IX lit. C

SIWZ znalazł się wykaz dokumentów, które wykonawca winien przedstawić w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Wśród tych dokumentów wymieniono m. in. instrukcje, katalogi w języku polskim (lub przetłumaczone na język polski) dotyczące sprzętu dzierżawy i potwierdzające wymagane parametry analizatora zawarte z zał. nr 2 do SIWZ (ppkt 1.1), a także deklarację zgodności CE na przedmiot zamówienia stwierdzającą, że proponowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi Dyrektywy nr 98/79 PE i Rady o wyrobach medycznych używanych do diagnozy *in vitro* (ppkt 1.2). W związku z brakiem w ofercie Odwołującego dokumentów wskazanych w Rozdziale IX lit. C ppkt 1.1 i 1.2 SIWZ, pismem z dnia 13.10.2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia: a) deklaracji zgodności CE na zaoferowany analizator w Pakiecie 2 - Aparat do badań immunochemicznych; b) np. folderu, ulotki, instrukcji, katalogu w języku polskim (przetłumaczonych na język polski), wskazujących, że zaoferowany aparat do badań immunochemicznych spełnia wymagane i zaoferowane parametry techniczne. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 18.10.2011 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu deklarację CE dla analizatora Cobas e 411 oraz instrukcję obsługi potwierdzającą, że zaoferowany aparat spełnia wymagane i zaoferowane parametry techniczne. Pismem z dnia 02.11.2011 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W uzasadnieniu, Zamawiający podniósł, że pomimo wezwania do uzupełnienia oferty, Odwołujący nie załączył do niej:

- a) deklaracji CE dla analizatora oferowanego w pakiecie nr 2, którym to urządzeniem miał być - zdaniem Zamawiającego - aparat do badań immunochemicznych Elecsys 2010;
- b) folderu, ulotki, instrukcji, katalogu w języku polskim, których treść wskazywałaby, że zaoferowany aparat do badań immunochemicznych spełnia parametry wymagane w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że deklaracja zgodności CE przesłana w załączeniu do pisma Odwołującego z dnia 18.10.2011 r. dotyczyła analizatora Cobas e 411. W interpretacji przedstawionej przez Zamawiającego, dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp miały więc dotyczyć innego urządzenia, niż zaoferowany analizator. Przeświadczenie takie doprowadziło Zamawiającego do podjęcia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, że posiada w swojej ofercie kompleksowe rozwiązania dla diagnostyki laboratoryjnej. Wśród możliwych do zaoferowania aparatów do badań immunochemicznych znajduje się m.in. analizator Cobas e 411, będący: „następcą” analizatora Elecsys 2010. W niniejszym postępowaniu, Odwołujący zdecydował się zaoferować świadczenie oparte na dzierżawie analizatora immunochemicznego Cobas e 411 wraz z zestawem odczynników dobranych według potrzeb Zamawiającego (zaoferowane parametry zgodne z SIWZ). Świadczy o tym najdobitniej treść dokumentów przekazanych Zamawiającemu, w tym deklaracji zgodności CE oraz instrukcji obsługi. Tymczasem,

przedmiot oferty Odwołującego obejmuje cały zakres wynikający z opisu przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym jednoznacznie treść zał. nr 1 i 2. W pierwszym z nich (oferta) wykonawca (Odwołujący) złożył oświadczenie woli zobowiązujące do wykonania dostawy zgodnie ze SIWZ (w zakresie Pakietu 2) za określoną cenę i na warunkach wynikających ze wzoru umowy. W zał. nr 2 (w zakresie Pakiet 2) Odwołujący dodatkowo zobowiązał się do wdzierżawienia właściwego analizatora immunochemicznego spełniającego 27 parametrów granicznych. Dokumenty uzupełnione w dniu 18.10.2011 r. jedynie potwierdziły, że zaoferowany analizator Cobas e 411 rzeczywiście odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Nigdzie w swojej ofercie Odwołujący nie oświadczył, że zamierza zaoferować dzierżawę innego aparatu, np. Elecsys 2010. Wobec powyższego zastosowanie w niniejszej sprawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nastąpiło bezpodstawnie. Zamawiający wadliwie przyjął, że treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ. W rzeczywistości bowiem, treść oferty zakłada adekwatny do opisu przedmiotu zamówienia zakres świadczenia wykonawcy, a tym samym gwarantuje Zamawiającemu wykonanie dostaw wymaganych odczynników oraz dzierżawę właściwej aparatury laboratoryjnej, według jego oczekiwań wyartykułowanych w SIWZ. Odnosząc się do podniesionej w piśmie z 02.11.2011 r. kwestii braku w ofercie Odwołującego dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w treści SIWZ, zważyć należy, że Zamawiający błędnie zakłada, że dokumenty te powinny dotyczyć analizatora typu Elecsys 2010, bo takowe urządzenie nie zostało Zamawiającemu zaoferowane. Wobec braku stosownych zapisów określających model urządzenia w samej ofercie Zamawiający chcąc dokonać ustaleń w tym kierunku powinien był skorzystać z art. 87 ust. 1 Pzp, a nie wnioskować z bliżej nie sprecyzowanych przesłanek. przedmiotem oferty Odwołującego jest dzierżawa analizatora Elecsys 2010. Podsumowując, Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego błędnie przyjmując, że jest niezgodna z treścią SIWZ, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferta Odwołującego odpowiada SIWZ i zobowiązuje go do wykonania przedmiotu zamówienia za najniższą cenę wśród wszystkich złożonych ofert, co jest zgodne z celem, jaki Zamawiający zamierza osiągnąć w wyniku niniejszego postępowania.

Zdaniem Odwołującego, nie powinno budzić wątpliwości, że złożona przez niego oferta obejmowała dzierżawę analizatora do badań immunochemicznych Cobas e 411 wraz z zestawem wymaganych przez Zamawiającego odczynników, spełniając tym samym wymagania określone w SIWZ. Na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów, o których mowa w Rozdz. IX lit. C pkt 1.1 i 1.2 SIWZ, Odwołujący uzupełnił bowiem deklarację zgodności CE oraz inne dokumenty potwierdzające, że to właśnie aparat Cobas e 411 spełnia wymagane i zaoferowane parametry techniczne. Odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie zdiagnozować, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że oferta

Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Spostrzeżenia poczynione przez Zamawiającego na gruncie posiadanych przez niego danych nie znajdują uzasadnienia faktycznego. Skoro bowiem postanowienia SIWZ nie nakładają wyraźnego obowiązku wskazania konkretnej nazwy, modelu czy serii aparatu do analiz immunochemicznych, zaś z treści oświadczenia Odwołującego (formularz oferty, załącznik nr 2, deklaracja CE, instrukcje, ulotki) wynika jednoznacznie, że przedmiotem oferty jest dzierżawa analizatora Cobas e 411, to skąd Zamawiający wywnioskował zgoła odmiennie. Ten rażący automatyzm w działaniu Zamawiającego nie koresponduje z przepisami Pzp, zwłaszcza, zaś z art. 87 ust. 1 Pzp, oraz zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Przywołał wyrok KIO z dnia 26.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1281/09. Wskazał, że co prawda, w art. 87 ust. 1 Pzp nie zastosowano formy imperatywnej, jednak nie oznacza to, że można zaniechać wyjaśniania wątpliwości ujawnionych w toku oceny ofert, a tym samym od razu zakładać niezgodność oferty z treścią SIWZ w razie pojawiających się obiekcji. Wskazał na wyrok KIO z dnia 03.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1519/09, wyrok KIO z dnia 09.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1612/11, wyrok KIO z dnia 24.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1202/11; sygn. akt: KIO 1214/11; sygn. akt: KIO 1218/11; sygn. akt: KIO 1224/11, czy też wyrok KIO z dnia 25.03.2011 r., sygn. akt: KIO 510/11. Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, jaki model analizatora stanowi przedmiot oferty świadczy zatem o braku należytej staranności po stronie Zamawiającego. Skoro Zamawiający miał wątpliwości - pomimo jednoznacznie brzmiących dokumentów załączonych do oferty - dotyczące zaoferowanego analizatora immunochemicznego, to bez uprzedniego wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie powinien był odrzucać oferty Odwołującego, gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, to uzyskałby zapewnienie, że w zakresie tej oferty znajduje się dzierżawa analizatora Cobas e 411, który w pełni realizuje wymagania opisane w SIWZ. Również dokumenty przekazane Zamawiającemu wskazują na taką interpretację oferty Odwołującego. Powyższe wyjaśnienia niewątpliwie pozwoliłyby Zamawiającemu prawidłowo ocenić ofertę Odwołującego, a przede wszystkim usunąć ewentualne wątpliwości co do jej zgodności z treścią SIWZ. Uchylając się od wezwania wykonawcy, Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do utrwalenia mylnego przekonania o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Zamawiający w dniu 10.11.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SIEMENS Sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc

o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 18.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie.

Do otwarcia posiedzenia zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiający wobec uwzględnienia odwołanie w całości przez Zamawiającego, do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust.3-5 Pzp, sprzeciwu.

W dniu 24.11.2011 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 16.11.2011 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron w przedmiotowej sprawie.

Na posiedzeniu z udziałem stron, nie stawił się Zamawiający (obecny był tylko Odwołujący), mimo prawidłowego zawiadomienia w dniu 17.11.2011 r. (dowód zawiadomienia w aktach przedmiotowego postępowania odwoławczego, w raz z potwierdzeniem odbioru z tego samego dnia).

Na posiedzeniu z udziałem stron, nie stawił się również Przystępujący po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia w dniu 17.11.2011 r. (dowód zawiadomienia w aktach przedmiotowego postępowania odwoławczego, w raz z potwierdzeniem odbioru przez Przystępującego po stronie Zamawiającego z tego samego dnia).

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp - należało umorzyć.

Skoro, zaś Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty postawione w odwołaniu wniesionym w dniu 10.11.2011 r. i zobowiązuje się do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszej, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego.

Wobec ustalenia, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Izba, wskazuje, że Przystępujący został prawidłowo poinformowany o terminie posiedzenia, mógł więc wnieść stosowny sprzeciw w trybie art. 186 ust. 3 Pzp, czego nie uczynił, stawiając się na posiedzeniu. Izba uznaje, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest Przystępujący, rozumie status w jakim występuje

w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i zna wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. W przedmiotowym stanie faktycznym nie ma zastosowania § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) albowiem niniejszy przepis odnosi się do czynności sprawdzających przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i jego otwarciem (podobnie postanowienie KIO z dnia 12.04.2011 r., sygn. akt: KIO/661/11), brak jest podstaw do jego stosowania i odraczania z tej podstawy prawnej posiedzenia poprzez wyznaczenie nowego terminu. Należy także zauważyć, że na Zamawiający nie ciąży obligatoryjny wymóg przekazania odpowiedzi na odwołanie przed otwarciem posiedzenia (art. 186 ust. 1 Pzp), tym bardziej więc Odwołujący, jak i uczestnicy postępowania winni uwzględniając wskazana okoliczność, biorąc pod uwagę możliwość uwzględnienia odwołania i konieczność stawienia się na posiedzeniu. Izba wzięła pod uwagę także konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp w związku z art. 186 ust. 3 w związku z art. 186 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie Izba oparła o dyspozycję art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Pzp. Przepis ten stanowi, iż w przypadku uwzględnienia zrzutów odwołania przez Zamawiającego w całości przed otwarciem rozprawy, gdy wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego nie wniesie sprzeciwu wobec wskazanej czynności Zamawiającego, koszty znosi się wzajemnie.

Uwzględniając powyższe, Izba, orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....