

WYROK

z dnia 11 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2013 r. przez wykonawcę „**Paramedica Polska**” Sp. z o.o. SP. K., ul. **Żołą 11 ,02-815 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej, ul. Masztalarska 3, 61-767 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Physio-Control Poland Sales Sp. z o.o., Plac J. Lelewela 2, 01-624 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę „**Paramedica Polska**” Sp. z o.o. SP. K., ul. **Żołą 11 ,02-815 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „**Paramedica Polska**” Sp. z o.o. SP. K., ul. **Żołą 11 ,02-815 Warszawa** 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 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa zautomatyzowanych defibrylatorów AED”. Odwołujący Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z postanowieniami SIWZ, które wynikało z nieuprawnionego przyjęcia przez Zamawiającego, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ oferowany defibrylator winien pracować w temperaturach poniżej 0°C, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert dodatkowego kryterium - nie wynikającego z postanowień SIWZ - w postaci konieczności pracy defibrylatora w temperaturach poniżej 0°C, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uznanie odwołania za zasadne, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty spółki Physio-Control Poland Sales Sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż dwie pozostałe oferty - w tym również oferta Odwołującego, podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt 11 załącznika nr 3 do SIWZ oferowany sprzęt miał uwzględniać warunki przechowywania, transportu oraz pracy w jednostkach ochrony przeciwpożarowej (temperatura, wilgotność). W ocenie Zamawiającego: mając na uwadze warunki pracy jednostek ochrony przeciwpożarowej w temperaturach poniżej 0°C, defibrylator nie spełnia wymagań w zakresie temperatury pracy, która powinna być niższa niż 0°C. Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta zostaje odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe stanowisko Zamawiającego, zdaniem Odwołującego jest błędne. Odwołujący wskazywał, że ani postanowienia SIWZ, ani też żaden inny dokument przedstawiony przez

Zamawiającego nie zawierały precyzyjnej definicji, co należy rozumieć pod powyższym pojęciem. W szczególności, postanowienia SIWZ nie wprowadzały żadnych granicznych wartości temperatur, w których oferowany defibrylator miałby pracować, w tym nie wprowadzały wymogu pracy defibrylatora w temperaturach ujemnych (poniżej 0°C).

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, w świetle postanowień SIWZ, Zamawiający nie miał podstaw do sformułowania zarzutu, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że brak sformułowania przez Zamawiającego swoich oczekiwań w powyższym zakresie, zgodnie z poglądem ugruntowanym w orzecznictwie zarówno KIO, jak i sądów okręgowych, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji wobec wykonawców. Ponadto, Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje, może doprowadzić do dowolności oceny, która stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał, aby oferowane defibrylatory umożliwiały pracę w temperaturach ujemnych, zwrócił się do Odwołującego z pytaniem, czy oferowany przez niego sprzęt umożliwia pracę w temperaturach poniżej 0°C. Odwołujący udzielił odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie. Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie uwzględnił stanowiska Odwołującego i odrzucił jego ofertę.

Odwołujący podkreślał, że oferowany model defibrylatora jest urządzeniem dedykowanym do użycia w ratownictwie medycznym oraz posiada wszelkie wymagane przez Zamawiającego certyfikaty dotyczące warunków bezpieczeństwa użytkowania oraz warunków środowiskowych pracy urządzenia, które zostały wskazane w pkt 10 załącznika nr 3 do SIWZ.

Odwołujący argumentował także, że z informacji przedstawionych przez producenta defibrylatora wynika, że oferowany przez Odwołującego defibrylator umożliwia pracę w warunkach ekstremalnych, potwierdzony testami funkcjonalności w komorze klimatycznej w zakresie temperatur od -30°C do +60°C.

W ocenie Odwołującego, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż oferowany przez Odwołującego model defibrylatora jest niegodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z tym dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych była pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych.

Izba nie stwierdziła, że brak jest przesłanek do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, że w treści SIWZ Zamawiający określił warunki i parametry techniczne jakie powinno spełniać oferowane urządzenie. Jeden z warunków wskazywał, że: „Należy uwzględnić warunki przechowywania, transportu oraz pracy w jednostkach ochrony przeciwpożarowej (temperatura, wilgotność).” Odwołujący złożył ofertę, w której w wypełnionym załączniku nr 3 do SIWZ w pozycji nr 11 znalazło się stwierdzenie: temperatura przechowywania: - 30 stopni Celsjusza do 60 stopni Celsjusza, temperatura pracy : 0-50 stopni Celsjusza. Nadto, w załączonym do oferty Odwołującego katalogu producenta urządzenia, znalazła się również informacja dotycząca oferowanego urządzenia: temperatura pracy : 0-50 stopni Celsjusza.

Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego zadał pytanie: „Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ wymaga – pkt 11 „Należy uwzględnić warunki przechowywania, transportu oraz pracy w jednostkach ochrony przeciwpożarowej (temperatura, wilgotność) – Czy oferowany defibrylator ZOLL AED Plus umożliwia pracę w otoczeniu o temperaturach ujemnych (poniżej 0 stopni Celsjusza)?”

Odwołujący udzielił odpowiedzi: „Tak, oferowany defibrylator ZOLL AED umożliwia użycie w otoczeniu o temperaturach ujemnych (poniżej 0 stopnia Celsjusza).”

Do odwołania zostało załączone oświadczenie producenta wraz tłumaczeniem z języka angielskiego: „W imieniu ZOLL Medical Corporation, niżej podpisany potwierdza, że każdy defibrylator ZOLL AED Plus i ZOLL AED Pro został kompleksowo przetestowany w ekstremalnych warunkach środowiskowych. Testy te obejmują udokumentowany 6-godzinny test funkcjonalności w komorze klimatycznej w zakresie temperatur od -30 stopni Celsjusza do +60 stopni Celsjusza. Podczas tego testu aplikuje się 250 wstrząsów o energii 200J na obciążenie testowe.”

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z wyraźnym sformułowaniem SIWZ: „Należy uwzględnić warunki przechowywania, transportu oraz pracy w jednostkach ochrony przeciwpożarowej (temperatura, wilgotność)”, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy składający ofertę uwzględnili warunki pracy w jednostkach ochrony przeciwpożarowej. Jednoznaczne postanowienie SIWZ wskazywało, że uwzględnienie warunków pracy dotyczyć musi przede wszystkim temperatury oraz wilgotności. Zdaniem Izby ze sformułowań SIWZ jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenia działały poprawnie w takich warunkach, w jakich działają jednostki ochrony przeciwpożarowej. Z uwagi na fakt, że jednostki ochrony przeciwpożarowej działają zarówno przy dodatnich, jak i ujemnych temperaturach otoczenia, wykonawcy powinni uwzględnić konieczność prawidłowej pracy urządzenia, także w temperaturach ujemnych. Okoliczność, że jednostki ochrony przeciwpożarowej pracują także przy temperaturze ujemnej wynika nie tylko z wiedzy powszechnej, ale także z powszechnie obowiązującego prawa, w tym rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16.09.2008r. w sprawie szczegółowych warunków bezpieczeństwa i higieny służby strażaków Państwowej Straży Pożarnej. § 100 tego rozporządzenia szczegółowo opisuje wymagania bezpieczeństwa i higieny służby podczas akcji ratowniczych w czasie występowania ujemnych temperatur.

Z treści oferty Odwołującego wynika w sposób jednoznaczny i bezsporny, że oferowane urządzenie przeznaczone jest do pracy w temperaturach od 0 do 50 stopni Celsjusza. Wynika to zarówno z oświadczenia Odwołującego zawartego w treści oferty, jak i katalogu producenta zawartego w treści oferty Odwołującego. Tym samym z treści oferty Odwołującego wynika, że oferowane urządzenie nie jest przeznaczone do pracy przy temperaturach ujemnych, a najniższą temperaturą, przy której urządzenie może być używane, jest temperatura 0 stopni Celsjusza. Z powyższego wynika więc, że oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiom SIWZ. W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że zarzut Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Załączone do odwołania jako załącznik oświadczenie producenta, w ocenie Izby oznacza jedynie, że defibrylator pozytywnie przeszedł testy, nie oznacza natomiast, że urządzenie będzie mogło pracować w temperaturze poniżej temperatury 0 stopni Celsjusza. Testy przeprowadzane na urządzeniu nie rozstrzygają kwestii normalnych warunków pracy. Oficjalnym potwierdzeniem warunków prawidłowego działania urządzenia jest wydany przez producenta katalog. Katalog załączony do oferty Odwołującego nie potwierdza, aby oferowane przez Odwołującego urządzenie mogło prawidłowo pracować w temperaturach ujemnych. Nadto należy zauważyć, że Zamawiający mógł ocenić spełnienie warunków SIWZ przez oferowane urządzenie jedynie na podstawie oświadczeń i dokumentów załączonych

do oferty. Oświadczenie dotyczące testów nie stanowiło części złożonej przez Odwołującego oferty.

Izba zauważyła także, że zadane przez Zamawiającego pytanie co do temperatury pracy urządzenia było zbędne, w sytuacji, gdy treść oferty (oświadczenie Odwołującego i katalog producenta urządzenia) zawierała jednoznaczną informację, w jakich temperaturach urządzenie może pracować. Niemniej jednak, również w treści odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wyjaśnił, że oferowany defibrylator umożliwia użycie w otoczeniu o temperaturach ujemnych (poniżej 0 stopnia Celsjusza). Treść udzielonej odpowiedzi wyraźnie wskazuje na możliwość użycia, a nie na pracę urządzenia. Oznacza to, że nie ma pewności, czy przy temperaturze ujemnej urządzenie będzie działało.

W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje fakt, że zmienione zostały zasady organizacji ratownictwa medycznego w Krajowym Systemie Ratowniczo-Gaśniczym. Odwołujący wskazywał, że w załączniku nr 3 w poz. 9 wskazane zostały wymagania dotyczące warunków środowiskowych pracy urządzenia, w tym temperatura pracy i czuwania od -10°C do +45°C. Ogólne zasady zostały zmienione. W lipcu 2013r. zostały wprowadzone nowe zasady, zgodnie z którymi dotychczasowy zapis dotyczący temperatury pracy urządzeń zastąpiono postanowieniem takim, jakie wprowadził zamawiający w treści SIWZ w pkt 11 załącznika nr 3. Taka zmiana nie oznacza jednak zrezygnowania z wymagania dotyczącego pracy urządzeń stanowiących wyposażenie w jednostkach straży pożarnej w ujemnych temperaturach.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....