

Sygn. akt: KIO 2661/14

WYROK
z dnia 14 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2014 r. przez G. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Diag - Med G. K., 02 – 495 Warszawa, ul. Ryżowa 51 w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie Sp. z o.o., 83 – 400 Kościerzyna, ul. Piechowskiego 36

przy udziale wykonawcy BioMerieux Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1 oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1,

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie Sp. z o.o., 83 – 400 Kościerzyna, ul. Piechowskiego 36 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez G. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Diag-Med G. K., 02 – 495 Warszawa, ul. Ryżowa 51 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie Sp. z o.o., 83 – 400 Kościerzyna, ul. Piechowskiego 36 na rzecz G. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Diag - Med G. K., 02 – 495 Warszawa, ul. Ryżowa 51 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie Sp. z o.o., ul. Piechowskiego 36, 83-400 Kościerzyna wszczął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dzierżawę:

1. Analizatora bakteriologicznego wraz z dostawą testów i materiałów zużywalnych;
2. Dwóch analizatorów do koagulologii wraz z dostawą odczynników, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych;
3. Dwóch analizatorów parametrów krytycznych wraz z dostawą odczynników, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych;

Dostawę:

1. Odczynników biochemicznych, kalibratorów, kontroli i aplikacji do analizatora Cobas Mira Plus, odczynników serologicznych oraz zestawów do elektroforezy białek, o numerze sprawy: DZP/50/14.

W dniu 05 grudnia 2014r. Odwołujący: Diag - Med G. K., ul. Ryżowa 51, 02-495 Warszawa otrzymał ogłoszenie o wyniku postępowania w zakresie, którego Zamawiający zawarł informację o odrzuceniu oferty firmy Diag - Med na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp podając, jako uzasadnienie faktyczne, niezaoferowanie sprzętu dodatkowego, służącego do wykonywania metody alternatywnej.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 15 grudnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - w konsekwencji przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przeczący obowiązkowi zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp - wskutek odrzucenia oferty Diag - Med na podstawie informacji stanowiących interpretację oferty, nie mających poparcia w jej treści i wymaganiach Zamawiającego, określonych brzmieniem SIWZ;

4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - ze względu na zaniechanie dokonania czynności żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

5. art. 91 ust 1 ustawy Pzp - poprzez wprowadzenie do oceny oferty Odwołującego innych kryteriów niż określone w SIWZ (100% cena).

Dodatkowo, z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez bioMerieux Polska Sp. z o.o. z powodu zaferowania asortymentu niezgodnego z wymaganiami SIWZ.

W swoim odwołaniu wskazał, że znaczenie słowa „metoda”, które zgodnie z opisem znaczenia, zawartym w Słowniku Języka Polskiego PWN oznacza: „świadomie stosowany sposób postępowania mający prowadzić do osiągnięcia zamierzonego celu.”.

Według Odwołującego zgodnie z powyższym brzmieniem zapis zamieszczony w Załączniku A do SIWZ, Zadanie nr 1, który umożliwił Wykonawcom zaferowanie metody alternatywnej w przypadku braku określonego rodzaju testów, został przez niego zinterpretowany, jako konieczność zaferowania kompletnego rozwiązania, umożliwiającego uzyskanie wyniku w zakresie identyfikacji lub oznaczania lekowrażliwości.

Zauważył również, że następstwem zamieszczonego przez Zamawiającego zapisu, dotyczącego metody alternatywnej, było zaferowanie przez Odwołującego w treści formularza cenowego, pozycji 3 i 5 testów do identyfikacji, stosowanych w systemie BBL Crystal Identification Systems.

Zwrócił przy tym uwagę, że treść Tabeli 3 - Załącznik nr A do SIWZ, zobowiązywała Wykonawców do dokonania opisu oferowanego asortymentu, co zostało przez Odwołującego dokonane w następujący sposób:

Poz. 12 - Tak, testy do identyfikacji rodzaju *Neisseria Haemophilus* - metoda alternatywna - szybkie 4 godzinne testy manualne;

Poz. 14 - Tak, testy do identyfikacji drobnoustrojów beztlenowych i *Corynebacterium* - metoda alternatywna - szybkie 4 godzinne testy manualne.

W kontekście powyższej sytuacji zarzucił Zamawiającemu, że ten nie podał w treści SIWZ żadnych dodatkowych wymogów, związanych z zaferowaniem metody alternatywnej, tj. nie żądał opisu metody, wyszczególnienia jej elementów, podania schematu wykonywania - ograniczając się jedynie do dopuszczenia takiej alternatywy.

Dodatkowo zaznaczył, że treść załączników umożliwiających dokonanie opisu

oferowanego przedmiotu zamówienia nie zobowiązywała Wykonawców do dokonania rozszerzonego opisu oferowanych produktów, co oznacza według Odwołującego, że sama deklaracja dotycząca zaoferowania metody alternatywnej zostanie uznana przez Zamawiającego za wystarczającą i kompletną.

W związku z powyższym wyjaśnił, że złożył ofertę, której zakres odpowiada wymaganiom, określonym przez Zamawiającego w SIWZ, tj. zgodnie z treścią rozdziału VI, pkt 1 SIWZ dla Zadania nr 1 załączono między innymi metodyki oferowanych testów, w tym również dla testów stanowiących element metody alternatywnej treści, których zamieszczono opis procedury testowej (metody), której finalne wykonanie dokonywane jest poprzez odczyt testu podlegającego wcześniejszej inkubacji.

Podniósł także, że do odczytu testu służy urządzenie BBL Crystal Panel Viewer, o którym wspomina powyższa metodyka kwalifikując jego użyteczność na finalnym etapie wykonywania procedury, stąd wywnioskował, że użycie powyższego urządzenia jest składową dokonywanej metody.

Odwołujący argumentował, że nie jest w stanie właściwie zinterpretować, a tym samym zakwestionował uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty, ponieważ – w jego ocenie - Zamawiający arbitralnie stwierdził, że dodatkowy sprzęt, tj. BBL Crystal Panel Viewer, nie został zaoferowany w ofercie Odwołującego.

Wskazał, że do właściwego zinterpretowania powstałego odrzucenia zabrakło Odwołującemu odpowiedzi na następujące pytania:

1. jaki element oferty złożonej przez Odwołującego upewnił Zamawiającego w przekonaniu dotyczącym braku jakiegokolwiek elementu metody alternatywnej, skoro treść SIWZ ogranicza się jedynie do wymogu zaoferowania metody alternatywnej, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek dodatkowych wskazań, wyceny, opisów;

2. mając na względzie różnice cenowe, występujące pomiędzy ofertą firmy bioMerieux Polska Sp. z o.o. (254 129,37 pln) a ofertą Odwołującego (234 048,92 pln) oraz uwzględniając fakt, że cena stanowiła 100% kryterium wyboru ofert w przedmiotowym postępowaniu, nasunęło się Odwołującemu pytanie dlaczego Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej metody alternatywnej (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp daje Zamawiającemu takie uprawnienia), co stanowiłoby zdecydowanie mniejszy koszt po stronie Zamawiającego niż wybór oferty droższej od oferty Odwołującego o ponad 20 tyś. złotych;

3. dlaczego Zamawiający wyciągnął w stosunku do oferty złożonej przez Odwołującego poważne konsekwencje prawne na podstawie braku podania informacji, której

podania Zamawiający nie wymagał i nie przewidział na etapie SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, składając ofertę w ramach przedmiotowego postępowania zaferował on system kompletny z uwzględnieniem prowadzenia identyfikacji metodą alternatywną.

W ocenie Odwołującego zakres złożonej oferty przetargowej nie posiada w treści żadnych wskazań, mogących zakwestionować przedstawiony stan faktyczny.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy bioMerieux Polska Sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisem Załącznika A do SIWZ, Tabela 2, pkt 8 Zamawiający wymagał, aby czas otrzymania wyniku identyfikacji w analizatorze mieścił się w przedziale czasowym od 2 do 10 godzin.

W związku z powyższym zauważył, że w treści oferty bioMerieux Polska Sp. z o.o. zostały zawarte informacje, które stoją w sprzeczności z powyższym wymogiem, a mianowicie w treści prospektu opisującego system Vitek 2 - compact – str. 35 oferty powyższego Wykonawcy, przedstawiono czas wykonywania poszczególnych oznaczeń, który przedstawia się zgodnie z poniższym:

1. Pałeczki Gram ujemne: 2-10 godzin;
2. Pałeczki Gram dodatnie: 2-8 godzin;
3. Bakterie beztlenowe oraz Corynebacterium: 6 godzin;
4. Drożdżaki: 18 godzin;
5. Neisseria, Haemophilus: 6 godzin.

Według Odwołującego powyższe zestawienie wskazuje bezpośrednio, że w przypadku drożdżaków czas otrzymania wyniku nie mieści się w zakresie wyspecyfikowanym w wymaganiach Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że pomimo bezdyskusyjnego powodu stwierdzającego niezgodność oferty bioMerieux Polska Sp. z o.o. z wymaganiami SIWZ, Zamawiający nie podjął czynności odrzucenia oferty powyższego Wykonawcy nadając mu tym uprzywilejowaną pozycję w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W kontekście powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający dokonał rażącego naruszenia zasady zachowania konkurencji i i równego traktowania Wykonawców poprzez ocenę i odrzucenie jego oferty na podstawie informacji, których podania Zamawiający nie wymagał od Wykonawców i tym samym dopuścił się interpretacji treści

oferty Odwołującego na jego niekorzyść jednocześnie nie dokonując odrzucenia oferty firmy bioMerieux Polska Sp. z o.o. na podstawie informacji, których podanie było wymogiem Zamawiającego, a treść oferty Wykonawcy w sposób bezpośredni zaprzeczała zapisom sformułowanym w SIWZ.

Mając na względzie podane argumenty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i zgłosił następujące żądania:

1. anulowanie decyzji dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 1;
2. anulowanie decyzji dotyczącej odrzucenia oferty złożonej przez Diag - Med;
3. dokonanie ponownej oceny i badania ofert złożonych w ramach Zadania nr 1;
4. wybór oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z jednoczesnym zachowaniem kryteriów oceny ofert, przyjętych w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 19 grudnia 2014r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Biomeriuex sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego i Przystępującego, ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 5 grudnia 2014r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 12 stycznia 2015r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 stycznia 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt. 2, art.91 ust.1, art.92 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy

prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, a także czy powinien odrzucić ofertę Przystępującego z tej samej przyczyny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w swoim uzasadnieniu faktycznym do odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu 1 podał, co następuje:

„W formularzu cenowym dla pozycji 3 i 5 zaoferowano metodę alternatywną, w której do odczytu testów, zgodnie z dołączoną do oferty metodyką, potrzebny jest dodatkowy sprzęt, którego nie zaoferowano w ofercie. Wobec powyższego oferta podlega odrzuceniu, jako niespełniająca wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia”.

W ocenie Izby powyższe lakoniczne uzasadnienie faktyczne w żaden sposób nie mogło uzasadniać podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że uznanie wystąpienia sytuacji sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ jest możliwe i wymaga obok powołania odpowiednich oświadczeń wykonawcy z oferty, co w rozpoznawanej sprawie zostało przez Zamawiającego dokonane, również wyraźnego wskazania tych postanowień SIWZ co do, których zachodzi kolizja z tymi oświadczeniami, czego Zamawiający nie uczynił.

Wobec powyższego, przy takim uzasadnieniu faktycznym czynności Zamawiającego w ogóle nie jest możliwe stwierdzenie zajścia przypadku sprzeczności treści złożonej przez wykonawcę oferty z treścią SIWZ.

Jednocześnie z przedmiotowego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika, która część oświadczenia tego wykonawcy świadczy o tym, że nie został zaoferowany dodatkowy sprzęt, a także czy taki dodatkowy sprzęt w ogóle był wymagany przez Zamawiającego na podstawie konkretnych postanowień SIWZ.

Jeżeli takie wymaganie było określone w SIWZ, to w uzasadnieniu faktycznym powinno zostać ono powołane przez Zamawiającego.

Jednocześnie, jeżeli Zamawiający miałby trudności z ustaleniem treści oświadczenia woli Odwołującego w spornym zakresie powinien zwrócić się do niego na zasadzie art.87 ust.1 ustawy Pzp z żądaniem wyjaśnień dotyczących kwestii związanych z dostarczeniem dodatkowego sprzętu.

Izba reprezentuje pogląd, że jedynie dokładne wyjaśnienie treści oświadczenia woli wykonawcy przez Zamawiającego, bez nadinterpretacji tego oświadczenia umożliwi podjęcie właściwej decyzji w przetargu.

W ocenie Izby bez zabiegu wyjaśnienia oferty wykonawcy, w warunkach istnienia wątpliwości, co do treści oświadczenia woli nie ma prawnej możliwości przyjęcia, że występują okoliczności sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Według zapatrywania Izby, wobec nie określenia przez Zamawiającego w formularzu ofertowym SIWZ elementów opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dzierżawy analizatora nie mógł on uznać, że pozostawienie tej rubryki w złożonym przez Odwołującego formularzu ofertowym bez dodatkowego opisu stanowi brak w oświadczeniu woli w zakresie zaoferowania dodatkowych urządzeń.

Jednocześnie należy wskazać, że z powodu nieopisania przez Zamawiającego sposobu wypełnienia tej rubryki dotyczącej dzierżawy analizatora Odwołujący mógł pozostawać w przekonaniu, że nadpisanie w tej rubryce spowoduje złożenie oświadczenia woli ponad treść SIWZ.

Izba nie uznała również argumentacji Zamawiającego, że informacja dotycząca testu BD BBL Crystal Identification Systems Anaerobe Id Kit o materiałach niedostarczonych zawarta na stronie 36, 38 i 48 oferty Odwołującego ma znaczenie przesądzające o braku zaoferowania dostawy czytników.

Według Izby powyższy załączony do oferty dokument ma znaczenie jedynie informacyjne i opisowe nie stanowiąc oświadczenia woli Odwołującego.

Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego, że dodatkowy sprzęt, w szczególności czytnik stanowią testy czy materiały zużywalne, a jedynie w stosunku do nich Zamawiający uczynił zastrzeżenie, że należy je wycenić w ilości proporcjonalnej do podanych ilości w załączniku A w ciągu 36 miesięcy (vide: załącznik nr 1 Formularz cenowy, zad.1 – Bakteriologia).

Z powyższych względów Izba doszła do przekonania, że podniesiony zarzut odwołania w zakresie oferty Odwołującego jest zasadny.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie oferty Przystępującego Izba również i ten zarzut uznała za trafny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zadanie 1 – Bakteriologia w pkt. 8 Tabeli 2 określił wymaganie dla testów w ten sposób: „Czas otrzymania wyniku identyfikacji w analizatorze 2-10 godzin.”.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Przystępujący na stronie 8 swojej oferty w tabeli 2 pod.l.p.8 potwierdził powyższy parametr, a także załączył charakterystykę produktu Vitek 2 – compact, gdzie na stronie 35 oferty w pkt. 4 drożdżaki czas wykonania oznaczeń został określony na 18 godzin.

Z powyższego zestawienia treści oświadczenia woli Przystępującego i powołanych wyżej postanowień SIWZ wynika w sposób jednoznaczny, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ.

Z powyższych przyczyn Izba uznała, że istnieją przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu na zasadzie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Na koniec Izba doszła do wniosku, że brak jest podstaw do rozpoznania innych argumentów Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, a niezwiązanych z zarzutami odwołania i niestanowiących meritum sprawy.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....