

WYROK

z dnia 27 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2012 r. przez **odwołującego – Werfen Polska Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. Wolińska 4**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Wojewódzki Szpital Zespolony, 09-400 Płock, ul. Medyczna 19**, przy udziale **wykonawcy – Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu, 09-400 Płock, ul. Medyczna 19** unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny złożonych ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Werfen Polska Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. Wolińska 4** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** na rzecz **odwołującego – Werfen Polska Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. Wolińska 4** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku, ul. Medyczna 19, 09-400 Płock wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na „Zakup odczynników biochemicznych i immunochemicznych, materiałów kalibracyjnych, kontrolnych i zużywalnych wraz z dzierżawą 3 analizatorów oraz laboratoryjnego systemu informatycznego, małego jonometru i urządzeń dodatkowych, usługami autoryzowanego serwisu oraz wykonaniem prac adaptacyjnych; dzierżawę analizatora koagulologicznego wraz z zakupem odczynników, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz usługami autoryzowanego serwisu; dzierżawę automatycznego lub półautomatycznego systemu do elektroforezy białek wraz z zakupem odczynników oraz usługami autoryzowanego serwisu; zakup odczynników i materiałów zużywalnych do analizatora Rapidlab 248 wraz z corocznym przeglądem konserwacyjno-serwisowym; zakup testów Elisa do oznaczania p/ciał p/w boreliozie oraz p/ciał anty I Bc Total — zgrupowanych w VI pakietach - dla potrzeb ZDL”, Pakiet nr II Dzierżawa analizatora koagulologicznego wraz z zakupem odczynników, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz usługami autoryzowanego serwisu - przez okres 4 lat.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07 lipca 2012r. pod numerem 2012/S 129- 214051.

W dniu 3 grudnia 2012 roku Odwołujący Werfen Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03 - 699 Warszawa dowiedział się za pośrednictwem faksu o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, to jest o odrzuceniu jego oferty i oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o. oraz o unieważnieniu przedmiotowego przetargu z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

W swoim rozstrzygnięciu przetargu Zamawiający, jako podstawę odrzucenia oferty Werfen Polska wskazał okoliczność, że „w załączniku nr 1.2 w tabeli „Dzierżawa analizatora do badań koagulologicznych” w kolumnie pn „Liczba miesięcy dzierżawy” zostały naniesione przez Wykonawcę zmiany tj. Wykonawca zmienił wymaganą przez Zamawiającego liczbę miesięcy dzierżawy z 47 na 48, co jest niezgodne z SIWZ tj. załącznikiem nr 1.2 do SIWZ oraz ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwaną dalej ustawą Pzp.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 12 grudnia 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, że odwołanie dotyczy następujących czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. odrzucenia oferty Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
2. odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o. z powodu wskazanego w rozstrzygnięciu przetargu z dnia 3 grudnia 2012 r., podczas gdy odrzucenie oferty Siemens Sp. z o.o. powinno nastąpić również z innych przyczyn podanych w treści niniejszego odwołania;
3. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu nr II z uwagi na fakt, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu;
4. zaniechania wyboru oferty Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej;
5. nieprzestrzegania zasady jawności postępowania poprzez nieudostępnienie korespondencji prowadzonej między firmą Siemens Sp. z o.o. a Zamawiającym w ramach Pakietu 2. Ww. postępowania.

Wyżej wymienionym czynnościom i zaniechaniu Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, które miało – zdaniem Odwołującego wpływ - na wynik przedmiotowego postępowania:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie w ofercie Werfen Polska Sp. z o.o. omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Werfen Polska Sp. z o.o., jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niewskazanie przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu przetargu wszystkich przyczyn odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o.;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie przetargu w sytuacji, gdy oferta złożona przez Werfen Polska Sp. z o.o. nie podlegała odrzuceniu;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Werfen Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
5. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z nieudostępnieniem korespondencji prowadzonej między firmą Siemens a Zamawiającym w ramach postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia rozstrzygnięcia przetargu przez Zamawiającego, w tym czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr II;
 - b) dokonania badania i oceny oferty złożonej przez Werfen Polska Sp. z o.o. ;
 - c) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Werfen Polska Sp. z o.o. kosztów postępowania odwoławczego.

Zdaniem Odwołującego złożona przez niego oferta jest zgodna z SIWZ i jako taka nie podlega odrzuceniu.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z załącznikiem nr 1.2 do SIWZ, w tabeli pt. „Dzierżawa analizatora do badań koagulologicznych” w kolumnie „Liczba miesięcy dzierżawy” Zamawiający wskazał, że liczba miesięcy dzierżaw analizatora wynosi 47.

Zaznaczył przy tym jednak, że inne tabele SIWZ zawarte w tym samym Załączniku nr 1.2 odnosiły się wyraźnie do 48 miesięcy (np. otwierająca ten załącznik Tabela zbiorcza w poz.1 „Dzierżawa automatycznego analizatora koagulologicznego” przewidywała 48 opłat miesięcznych dzierżawnych).

Ponadto wskazał, że Zamawiający wymagał podania liczby odczynników do badań przewidzianych do wykonania na analizatorze w ciągu 48 miesięcy, liczbę kalibracji także w ciągu 48 miesięcy itp.

Zdaniem Odwołującego SIWZ w tym zakresie jest niespójny, gdyż na pierwszej stronie formularza oferty, a także w projekcie umowy dotyczącym pakietu II, wskazano, że dzierżawa analizatora ma trwać 48 miesięcy.

Przyznał, że kwestia ta nie była przedmiotem wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia treści SIWZ w trybie przepisu art. 38 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, że ostatecznie, na podstawie analizy zapisów SIWZ Odwołujący przyjął, że liczba miesięcy dzierżawy analizatora powinna wynosić 48, a wskazana przez Zamawiającego w Załączniku nr 1.2 do SIWZ, w tabeli pt. „Dzierżawa analizatora do badań koagulologicznych”, w kolumnie „Liczba miesięcy dzierżawy” liczba 47 było omyłką pisarską.

W ocenie Odwołującego, jeżeli intencją Zamawiającego było wskazane w tabeli pt. „Dzierżawa analizatora do badań koagulologicznych”, w kolumnie „Liczba miesięcy dzierżawy” liczby 47, powinien on poprawić ofertę Werfen Polska Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Dodał przy tym, że podobnie jak Werfen Polska Sp. z o.o., również inni uczestnicy postępowania (Siemens, Biomedica) w wartości swoich ofert ujeli 48, a nie 47 miesięcy

dzierżawy.

Zaznaczył także, że chociaż we wszystkich ofertach policzono 48 miesięcznych rat dzierżawnych, a nie 47, to Zamawiający odrzucił z tego tytułu tylko oferty Odwołującego i Siemens.

Wywodził, że skoro jego oferta nie powinna być odrzucona, to brak było przesłanki do unieważnienia przetargu, a w związku z tym jego oferta powinna zostać wybrana przez Zamawiającego, jako oferta najkorzystniejsza.

Dodatkowo wskazał, że oferta złożona przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o podlega odrzuceniu również z innych przyczyn niż wskazane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu przetargu.

Odwołujący stanął na stanowisku, że treść oferty Siemens jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wynikającym z załącznika nr 1.2 do SIWZ w pkt 1 pierwszej tabeli, gdzie Zamawiający wymagał, aby analizator będący przedmiotem dzierżawy był fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012, (model nie starszy niż 2006).

Tymczasem zauważył, że zaoferowany przez Siemens analizator BCS XP jest modelem, co najmniej z 2005 r.

Powyższe wyprowadził z faktu, że w 2005 r. odbyła się wielośrodkowa ocena działania tego analizatora, której wyniki prezentowano w tym samym roku na XX-gim Kongresie ISTH.

Powołał się w tym zakresie na publikację na ten temat z 2005 r., która ukazała się w Journal of Thrombosis and Haemostasis w tomie 1, suplemencie 1, w sierpniu 2005 r.

Podniósł, że przedmiotowy analizator pracował już w 2005 r. w kilku ośrodkach w Polsce, co oznacza – zdaniem Odwołującego, że w 2005 r. był on już funkcjonującym analizatorem.

Ponadto wyjaśnił, że model BCS XP, stworzony przez firmę Dade Behring, jest prostą kontynuacją wcześniejszego modelu BCS z końca lat 90-tych, zmianie uległo jedynie oprogramowanie, przerobione z McIntosh na Windows XP, dołożono chłodzenie do 8 pozycji odczynnikowych (liczba chłodzonych pozycji wzrosła z 12 do 20-tu) oraz dodano czujniki zapobiegające kolizji igieł.

W związku z powyższym, według Odwołującego - analizator zaoferowany przez Siemens nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ.

W dalszej kolejności wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 1.2 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby w formularzu cenowym Wykonawcy wykazali koszt „pozostałych niezbędnych materiałów zużywalnych w tym płynów systemowych do aparatu koagulologicznego”.

Zauważył przy tym, że na stronie 8 oferty Siemens widnieje informacja, że jednym z 3 płynów systemowych jest woda.

Zarzucił w związku z tym, że koszty wody, jako obowiązkowego płynu systemowego w analizatorze nie zostały wykazane w ofercie Siemens w odpowiedniej tabeli na stronie 13.

Zaznaczył, że woda do obsługi analizatorów nie może być zwykłą wodą wodociągową i musi prezentować odpowiedni stopień czystości.

Nadto podniósł, że w ofercie Siemens nie wykazano również żadnych kosztów dodatkowych materiałów niezbędnych do oznaczenia antytrombina, które są wskazane w ulotce tego zestawu odczynnikowego, jako konieczne do wykonania oznaczenia, a nie zawarte w zestawie.

Pismem z dnia 17 grudnia 2012r. wykonawca – Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03 – 821 Warszawa, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający udzielił pismem z dnia 18 grudnia 2012r. odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie uwzględniając odwołanie w całości.

Pismem z dnia 18 grudnia 2012r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Przystępującego do wniesienia sprzeciwu, co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

Przystępujący pismem z dnia 21 grudnia 2012r. wniósł sprzeciw, co do przedmiotowego uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego i Odwołującego, zgłoszenia Przystępującego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pisma 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 przepisu art.91 ust.1 w związku z art.7 ust.3, art.93 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Odwołujący jednak nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 oraz art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Dokonując oceny materiału dokumentacyjnego sprawy Izba stwierdziła, że Zamawiający popełnił omyłkę pisarską na stronie 50 SIWZ – załącznika nr 1.2 Dzierżawa analizatora do badań koagulologicznych wpisując liczbę 47, zamiast 48 w rubryce liczba miesięcy dzierżawy.

Natomiast prawidłowa ilość miesięcy dzierżawy została wpisana w tym samym załączniku nr 1.2 na stronie 45 przy dzierżawie automatycznego analizatora koagulologicznego w ilości 48.

Ponadto inne elementy SIWZ jak podana liczba odczynników do badań przewidzianych do wykonania na analizatorze w ciągu 48 miesięcy czy podana liczba kalibracji w ciągu 48 miesięcy wskazują jednoznacznie na 48 miesięczny okres dzierżawy.

Powyższa okoliczność została przez Zamawiającego przyznana poprzez uwzględnienie odwołania, zarówno w przedmiotowej sprawie, jak i sprawie o sygn. akt KIO 2757/12, zatem należy uznać, że brak było podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.93 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem powołanego wyżej przepisu Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt.2 i 3.

Skoro, zatem z powyższej przyczyny brak było podstawy do unieważnienia przetargu, to działanie Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za sprzeczne z treścią art.93 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności pozostały do rozstrzygnięcia zarzuty skierowane przeciwko ofercie konkurencyjnej wykonawcy Siemens Sp. z o.o.

Zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut Odwołującego, iż zaoferowany przez Przystępującego model analizatora BCS XP jest modelem starszym niż 2006 r.

Z przedłożonego na rozprawie wydruku z Journal of Thrombosis and Haemostasis, tom 3, suplement 1, sierpień 2005r., streszczenia z XX – to Kongresu ISTH, z 6 – 12 sierpnia 2005r. wynika jedynie, że BCS XP Dade Behring będzie dostępny wkrótce, co oznacza – według zapatrywania Izby, że dowód ten w żaden sposób nie przesądza o sprzeczności treści złożonej oferty z treścią wymogu SIWZ zaoferowania modelu niż starszego niż 2006 r.

Nadto deklaracja zgodności produktu BCS XP System producenta Dade Behring Marburg GmbH została wystawiona w dniu 12 lipca 2006r., to jest nie wcześniej niż 2006 r., co pośrednio może wskazywać pojawienie się tego produktu na rynku dopiero po tej dacie.

Jednocześnie wymaga wskazania, że w następstwie zapytania Przystępującego z dnia 30 lipca 2012r. do pakietu 2, odpowiedź na pytanie nr 12, pkt. 2 z prośbą o wyjaśnienie powodów niedopuszczenia analizatora o wersji konstrukcyjnej z 2006r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w kolumnie „wymagania” w punkcie 1 tabeli załącznika 1.2 poprzez wprowadzenie brzmienia „fabrycznie nowy, rok produkcji 2011 lub 2012 (model nie starszy niż 2006)”.

W ocenie Izby modyfikacja ta miała charakter rozszerzający krąg produktów dopuszczonych do zaoferowania w przedmiotowym przetargu, również o urządzenia starsze, gdzie cezurę ustanowiono na 2006r.

Ostatecznie w zakresie tego zarzutu Izba wyraża pogląd, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie spełnia warunek SIWZ, a Odwołujący nie udowodnił, że jest inaczej.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie wycenienia w ofercie wody, jako płynu systemowego Izba przyjęła wyjaśnienia Przystępującego, że zarówno woda, jak i urządzenia do jej uzdatniania są już w laboratorium, a Zamawiający potwierdził, że kwestie związane z dostawą wody oraz elektrycznością nie znalazły uregulowania na gruncie SIWZ, zatem w ocenie Izby szacowanie tych elementów, które nie wiązały się z dodatkowymi kosztami Przystępującego nie stanowiło wymagania SIWZ.

Rozpoznając kolejny zarzut Odwołującego dotyczący nie wykazania kosztów dodatkowych materiałów niezbędnych do oznaczenia antytrombina Izba doszła do przekonania, że również w tym zakresie Przystępujący nie miał obowiązku wyceny tych elementów, skoro nie wiązały się one z dodatkowymi kosztami.

W tym przypadku Izba przyjęła za wiarygodne twierdzenia Przystępującego, że zarówno roztwór buforu imidazolowego, jak i bufor nie mają zastosowania do przedmiotowego analizatora.

Przy czym należy zwrócić uwagę, że ulotka, na której opiera swój zarzut Odwołujący zawiera zastrzeżenie, że pierwszorzędne zastosowanie mają karty zastosowań, zatem odczytywanie tych informacji pochodzących z ulotki może mieć poprawne znaczenie jedynie w oparciu o kartę zastosowania.

Ostatecznie Zamawiający nie oświadczył, że do wykonania przedmiotu zamówienia żądał od wykonawców dostarczenia zarówno roztworu soli fizjologicznej, jak i wody destylowanej bądź dejonizowanej, co wskazuje, że nie mógł on oczekiwać od niech wyceny takich pozycji.

Izba przyjęła również wyjaśnienia Przystępującego, że ilości wody oraz roztworu soli fizjologicznych liczone są w mililitrach na miesiąc oraz, że Przystępujący w swoich kalkulacjach przyjął zgodnie z praktyką, że powyższe rzeczy są już w laboratoriach.

Poza tym Zamawiający wyjaśnił, że powyższe ilości są niezauważalne i, że posiada on w swoim laboratorium zarówno powyższe roztwory, jak i wodę destylowaną, która ma zastosowanie przy takich zamówieniach.

Te wszystkie okoliczności wskazują – zdaniem Izby, że Odwołujący nie miał obowiązku wskazywania kosztów, których faktycznie nie będzie ponosił.

Ostatecznie Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania, bowiem powinien wyjaśnić okoliczności związane z zastrzeżeniem klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego dwóch stron dokumentu uzyskanego w trakcie korespondencji, czego nie uczynił.

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: