

Sygn. akt: KIO 2725/13

WYROK
z dnia 10 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Getinge Poland Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny, Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Spectro-Lab J..... B....., ul. Aleja 3-go Maja 2/170, 00-391 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Getinge Poland Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Getinge Poland Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2725/13

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Warszawski Uniwersytet Medyczny z Warszawy na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „Dostawa urządzeń laboratoryjnych z podziałem na pakiety dla potrzeb Centrum Badań Przedklinicznych i Technologii CePT”. Zdaniem Odwołującego - Getinge Poland Sp. z o.o. z Warszawy w tym postępowaniu naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty firmy Spectro-Lab J..... B..... w zakresie pakietu 2, którego przedmiotem była dostawa sterylizatora parowego. Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym odrzucenie oferty firmy Spectro-Lab J..... B..... Podał także, że Odwołujący posiada interes w pozytywnym rozstrzygnięciu odwołania, ponieważ w rankingu punktowym jego oferta zajęła drugie miejsce. W uzasadnieniu – odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, podał, że sprzęt oferowany przez wybranego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, a w szczególności nie spełnia merytorycznych (technicznych i funkcjonalnych) wymogów jednoznacznie określonych przez Zamawiającego odnośnie pozycji 3., 15.1., 15.2., 15.3. i 19.5. Dalej podał, że w wyniku wezwania do uzupełnienia treści oferty wykonawca - Spectro-Lab J..... B..... przesłał w dniu 12.11.2013 r. folder, w którym brak jest potwierdzenia wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 2.2 do SIWZ, a mianowicie brak jest potwierdzenia wymogów wskazanych pod L.p. 3 - „żaden element, w tym kanał uszczelki nie mogą ograniczać światła komory po stronie załadowczej.” Odnośnie parametru pod L.p. 15.1 [„wyświetlanie na ekranie sterylizatora parametrów pracy, w tym, co najmniej: dwóch niezależnych zestawów czujników ciśnienia i temperatury”] stwierdził, że co prawda w treści oświadczenia załączonego do folderu wynika, że oferowany sterylizator posiada wymaganą funkcję wyświetlania na ekranie parametrów pracy, w tym, co najmniej dwóch niezależnych zestawów czujników ciśnienia i temperatury, jednakże treść folderu przeczy temu oświadczeniu. Z przesłanego folderu wynika jasno, że na ekranie sterylizatora prezentowana jest temperatura komory z dwóch niezależnych

czujników (kontrola i odnośnik) zaś ciśnienie w komorze jest wyświetlane tylko z jednego czujnika. Dodatkowo na ekranie podawane jest ciśnienie w płaszczu komory sterylizatora, ale również tylko z jednego czujnika. W świetle powyższych informacji przedstawionych w przesłanym folderze oferowany sterylizator nie spełnia wymagań zawartych w SWIZ. Wskazał również na dane zamieszczone pod L.p. 15.2 [„podgląd przebiegu procesu sterylizacji z prezentacją czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji”], stwierdzając, że z przedłożonego wraz z folderem oświadczenia wynika, że oferowany sterylizator posiada wymaganą funkcję prezentacji czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji. Jednakże folder na stronie 4 zaprzecza temu oświadczeniu. Zawiera, bowiem jedynie informację, że na ekranie wyświetlana jest informacja o czasie do zakończenia bez podania, czego ten czas dotyczy. Na zdjęciu zawartym na stronie 4 katalogu, jest przedstawione zdjęcie ekranu, na którym podane są jedynie zaprogramowane wartości: czasu fazy ekspozycji (ster. czas) oraz czasu fazy suszenia (suchy czas). Brak jest informacji o czasie pozostałym do zakończenia procesu sterylizacji. Dodatkowo podał, że proces sterylizacji składa się z poszczególnych faz: przygotowania (próżni wstępnej), ogrzewania (do określonej temperatury, ekspozycji (utrzymywania określonej temperatury w określonym czasie), chłodzenia, suszenia, oraz wyrównywania ciśnienia w komorze, Stwierdził też, że brak jest informacji o czasie pozostałym do zakończenia procesu, co nie pozwala użytkownikowi na określenie, kiedy zakończy się uruchomiony proces. Jego zdaniem, w świetle informacji przedstawionych w folderze, oferowany sterylizator nie spełnia wymagań zawartych w SWIZ. Podał również, że w trakcie ubiegłego tygodniowych targów MEDICA 2013 (19-22.11.2013) w Dusseldorfie na stoisku producenta oferowanego sterylizatora przedstawiono Odwołującemu możliwości sterownika sterylizatorów Tuttnauer serii T-Max. Przedstawiciel producenta potwierdził, że na ekranie sterownika nie można przedstawić czasu pozostałego do zakończenia procesu sterylizacji a jedynie zaprogramowane czasy: ekspozycji i suszenia wraz z ich odliczaniem w trakcie ich trwania. Odnośnie L.p. 15.3 - „ opis przyczyny alarmu” oraz L.p. 19.5 - „uruchamianie po uprzedniej identyfikacji operatora na podstawie osobistych kodów dostępu” podał, że Zamawiający wystąpił o uzupełnienie brakujących dokumentów, oferent złożył takie uzupełnienie, jednakże przedłożone materiały i wyjaśnienia wciąż nie potwierdzają spełniania przez zaoferowany sprzęt wszystkich wskazanych w SWIZ parametrów wymaganych przez

Zamawiającego, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty Spectro-Lab J..... B.....

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stwierdził, że przedmiotowa oferta zawiera także błąd w cenie, ponieważ wykonawca zastosował błędną stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, w miejsce stawki podstawowej 23%. Jego zdaniem, złożone przez firmę Spectr-Lab wyjaśnienia odnośnie stawki podatku VAT są sprzeczne. W piśmie z dnia 05.11.2013 jest zawarta informacja, że oferowany sterylizator jest standardowym wyrobem medycznym. Z kolei w treści wyjaśnień z dnia 12.11.2013 na stronie 3 przedstawiono wykaz programów, z którego jasno wynika, że oferowany sterylizator nie jest standardowym urządzeniem medycznym, ponieważ zawiera programy do sterylizacji klatek, płynów w zamkniętych naczyniach oraz płynów w nieuszczelnionych naczyniach. Standardowe urządzenia medyczne nie posiadają możliwości sterylizacji płynów w szczelnie zamkniętych naczyniach oraz klatek plastikowych. Podkreślił, że wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających, że oferowany sterylizator łącznie z proponowanymi programami jest wciąż standardowym wyrobem medycznym. Tym samym wykonawca nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, że był uprawniony do zastosowania stawki VAT preferencyjnej. W konkluzji stwierdził, że wybrana oferta z podanych przyczyn powinna zostać odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 stwierdził w szczególności, że jego zdaniem folder (karta katalogowa) przedłożony w dniu 12 listopada 2013 r. w odpowiedzi na jego wezwanie z dnia 8 listopada 2013 r., oceniany łącznie ze złożonym w tym samym dniu oświadczeniem firmy Spectro - Lab J..... B....., potwierdzają spełnienie wymagań określonych w załączniku nr 2.2. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - „Formularz wymaganych warunków technicznych po zmianie.” Odnosząc się do poszczególnych pozycji stwierdził, co następuje:

1) Lp. 3 Formularza - Ze zdjęcia zamieszczonego na stronie 4 (zdjęcie nr 2) przedłożonego folderu nie wynika, aby światło komory sterylizatora po stronie załadowniczej było ograniczone przez element, w tym kanał uszczelki. Podkreślił, że

zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w l.p. 5.4. Formularza: komora sterylizacyjna powinna być wyposażona w prowadnice (szyny) dla ruchu wózka wsadowego (...);

2) Lp. 15.1. Formularza – zgodnie z warunkiem (...) sterylizator parowy powinien być wyposażony w ekran, na którym powinny być wyświetlane parametry pracy, w tym, co najmniej dwa niezależne zestawy czujników ciśnienia i temperatury". Ze zdjęcia zamieszczonego na stronie 4 (zdjęcie nr 1) przedłożonego folderu wynika, iż oferowany sterylizator parowy spełnia te wymagania. Zwrócił uwagę, że wymóg określony w poz. 15. 1 dotyczy wyświetlenia na ekranie informacji z dwóch niezależnych czujników ciśnienia, który to warunek został spełniony przez urządzenie oferowane przez Spectro-Lab J..... B..... Z ww. zdjęcia wynika bowiem, iż ciśnienie jest mierzone w komorze i na osłonie. Zamawiający nie wymagał, aby sterylizator, który zamierza zakupić, był wyposażony w dwa niezależne czujniki ciśnienia w komorze, o czym świadczy treść l.p. 14 Formularza. W opisie tylko tego parametru przyjęto, że „urządzenie powinno być wyposażone w pomiar parametrów ciśnienia i temperatury w komorze z niezależnych czujników ciśnienia i temperatury". Zamawiający nie wskazał, że urządzenie musi być wyposażone, w co najmniej dwa niezależne czujniki ciśnienia w komorze sterylizatora. W ocenie Zamawiającego takie żądanie byłoby nieuzasadnione, gdyż ciśnienie w komorze jest zawsze takie same, co oznacza brak potrzeby mierzenia ciśnienia z dwóch niezależnych czujników;

3) L.p. 15. 2. Formularza – wymóg w zakresie posiadania „funkcji podglądu przebiegu procesu sterylizacji z prezentacją czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji" był i jest rozumiany przez Zamawiającego w ten sposób, iż dotyczy on ściśle pojęcia sterylizacji rozumianej, jako proces niszczenia mikroorganizmów, a nie cyklu działania sterylizatora od chwili jego włączenia do chwili zakończenia jego pracy. Z tych względów wymaganie „prezentacji czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji" Zamawiający odnosi do wskazanej w treści odwołania fazy ekspozycji, czyli utrzymywania określonej temperatury w określonym czasie. Jego zdaniem, nie ma potrzeby, aby dostarczone urządzenie wskazywało czas od chwili rozpoczęcia przygotowania (próżni wstępnej) do chwili zakończenia wyrównywania ciśnienia w komorze. Z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika również, że jest to niemożliwe, gdyż oferowane na rynku urządzenia, nie posiadają takich funkcji. Długość poszczególnych etapów przygotowujących do właściwej

sterylizacji, jak również etapów po jej zakończeniu zależy od różnych czynników, w tym od wielkości i masy sterylizowanych przedmiotów lub substancji;

4) L.p. pkt 15.3. Formularza - Zamawiający nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, iż sterylizator nie spełnia wymagań, o których mowa w treści oferty (formularza wymaganych warunków technicznych po zmianach), folderu (strona 4) oraz oświadczenia Wykonawcy z dnia 12 listopada 2013 r., które jego zdaniem potwierdzają spełnianie wymagań;

5) L.p. 19.5. Formularza - w ocenie Zamawiającego wskazany w ofercie firmy Spectro-Lab J..... B..... sterylizator parowy spełnia wymagania w zakresie posiadania funkcji osobistych kodów dostępu. Potwierdza to poza oświadczeniem złożonym w ofercie, (formularzu wymaganych warunków technicznych po zmianach), także treść folderu (strona 3) oraz treść oświadczenia wykonawcy z dnia 12 listopada 2013 r.

Jego zdaniem foldery (karty katalogowe) i oświadczenia złożone przez wykonawcę nie pozostają w sprzeczności z treścią jego oferty, i tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta złożona przez firmę Spectro - Lab J..... B..... jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy, podkreślił, że pismem z dnia 5 listopada 2013 r. Zamawiający wezwał firmę Spectro-Lab J..... B..... do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 8 % względem oferowanego sterylizatora parowego. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca wyjaśnił, że „oferowany sterylizator parowy model T-Max 4 prod. Tuttnauer LTD, zgodnie z deklaracją zgodności CE producenta, jest jednocześnie wyrobem medycznym spełniającym normę EN 93/42 klasyfikowanym do grupy II b i zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych jest dopuszczony do obrotu w Polsce, jako wyrób medyczny. Zgodnie z obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług, art. 41 ust. 1 w związku z załącznikiem 3 do tej ustawy (poz. 105) wyroby medyczne bez względu na symbole PKWiU podlegają obniżonej stawce podatku VAT w wysokości 8%”(dokument w aktach). Skoro, zatem wykonawca przedłożył takie oświadczenie, z powołaniem się na deklarację zgodności CE producenta, to w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie jest uprawniony do złożenia oferty z ceną określoną przy zastosowaniu obniżonej stawki

podatku VAT. Ponadto przedstawione przez odwołującego stanowisko nie zawiera dowodów, wskazujących, że firma Spectro-Lab J..... B..... nie była uprawniona do zastosowania obniżonej stawki podatku VAT.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Spectro - Lab J..... B..... z Warszawy, wnosząc także o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu

W odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy. Zdaniem wykonawcy, oferta firmy Spectro-Lab J..... B..... w zakresie pakietu drugiego, którego przedmiotem była dostawa sterylizatora parowego pomimo, oferowany sprzęt nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności nie spełnia merytorycznych (technicznych i funkcjonalnych) wymogów odnośnie pozycji 3., 15.1., 15.2., 15.3. i 19.5, a zatem oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wykonawca stwierdził, że przedmiotowa oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, w miejsce stawki podstawowej 23%.

Rozpoznając odwołanie Izba, mając na uwadze dyrektywę z art. art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpatrując z kolei podnoszone w nim zarzuty, Izba zobowiązana jest uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą [kontradyktoryjności](#), która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich

twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który wobec podnoszonych zarzutów zobowiązany był wykazać brak zgodności oferowanego sterylizatora parowego [pakiet 2] przez wykonawcę Spectro - Lab J..... B..... z Warszawy z wymaganymi parametrami z pozycji 3., 15.1., 15.2., 15.3. i 19.5.załącznika 2.2. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [Formularz wymaganych warunków technicznych] oraz brak możliwości zastosowania do tego wyrobu medycznego stawki podatku VAT w wysokości 8 %.

Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie Izby twierdzenia, wnoszącego odwołanie wykonawcy oparte zostały na własnej interpretacji wymagań, nieznajdujących jednakże, uwzględniając literalne brzmienie warunku, potwierdzenia w opisie spornych parametrów technicznych, jak również w danych wynikających z treści oferty wykonawcy - Spectro - Lab J..... B..... z Warszawy [wraz z jej uzupełnieniem] oraz w danych podanych w Folderze i Instrukcji Obsługi autoklawu [sterylizatora].

W odniesieniu do poszczególnych kwestionowanych pozycji załącznika 2.2 do specyfikacji, Izba stwierdziła, że przypadku poz. 3 wykonawca nie przedłożył dowodu, aby światło komory sterylizatora po stronie załadowniczej było ograniczone przez jakiś element, w tym kanał uszczelki. Przedstawione zdjęcie [zdjęcie 2] na stronie 4 Folderu nie przeczy twierdzeniom Zamawiającego, jak i Przystępującego, że wymagany warunek został spełniony. Także zdaniem Izby, oferowany sterylizator spełnia warunek z poz. 15.1. Przede wszystkim Izba zauważa, że to wymaganie dotyczy wyświetlenia na ekranie informacji z dwóch niezależnych czujników ciśnienia i Zamawiający nie wymagał, aby sterylizator, był wyposażony w dwa niezależne czujniki ciśnienia w komorze sterylizatora. Zatem ciśnienie może być mierzone w komorze i na osłonie. Takie wymaganie dotyczyło tylko parametru z poz. 14., gdzie w jego opisie przyjęto, że „urządzenie powinno być wyposażone w pomiar parametrów ciśnienia i temperatury w komorze z niezależnych czujników ciśnienia i temperatury.” Odnośnie poz. 15. 2. [wymóg w zakresie posiadania „funkcji podglądu przebiegu procesu sterylizacji z prezentacją czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji”]

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że w niniejszej sprawie pojęcie sterylizacji powinno być rozumiane, jako proces niszczenia mikroorganizmów, a nie cyklu działania sterylizatora od chwili jego włączenia do chwili zakończenia jego pracy. Z tych też względów ocenę spełniania wymagania „prezentacja czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji” Zamawiający miał prawo odnosić do fazy ekspozycji, czyli utrzymywania określonej temperatury w określonym czasie. Posługiwanie się w tym przypadku dla zdefiniowania tego technicznego pojęcia opisami z Wikipedii stanowi o indywidualnej, nieuprawnionej interpretacji, wnoszącego odwołanie, szczególnie w sytuacji, gdy w folderze odwołującego [Programy np. P1. I P3] załączonego do oferty wykonawcy, dopiero po procesie sterylizacji wyodrębniona została także faza suszenia i faza chłodzenia. Zdaniem Izby nie także, podstaw do kwestionowania spełniania parametru z poz. 15.3.[Informacje o alarmie], albowiem ten parametr potwierdzają informacje zamieszczone w folderze [str 4], jak również w Instrukcji obsługi autoklawu, w których podano, że na ekranie sterylizatora są wyświetlane komunikaty o awarii, oraz możliwe opisy komunikatów alarmowych. Ostatni z parametrów z poz. 19.5 [w zakresie posiadania funkcji osobistych kodów dostępu], zdaniem Izby, potwierdza także załączony folder, w którym [str 1] wskazano na 5 poziomów haseł zabezpieczających oraz [str 3] na wymagane hasła [kody] dostępu dla uruchamiania programów i wszelkich operacji.

Odnośnie stawki podatkowej VAT, Odwołujący nie przedstawił dowodu odnośnie ograniczonej możliwości zastosowania 8 % stawki VAT dla standardowego wyrobu medycznego, nie wskazując, który to przepis prawa posługuje się takim pojęciem. Z certyfikatu przedłożonego przez Przystępującego wykonawcę wynika, że Oznaczenie Zgodności CE Urządzenia Medyczne zostało wydane dla producenta dla wyrobów z kategorii Sterylizatory Parowe, a nie dla konkretnego wyrobu medycznego.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy nie może podlegać uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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), zgodnie, z którym Izba w przedmiocie kosztów strony orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....