

Sygn. akt: KIO 929/13

WYROK

z dnia 7 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: **bioMerieux Polska sp. z o.o. w Warszawie (01-882), ul. Żeromskiego 17** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie (71-455), ul. Arkońska 4**

przy udziale wykonawcy: **G..... K.....** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **Grażyna Konecka Diag-Med w Pruszkowie (05-800), ul. Stanisława 50** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: **Samodzielnemu Publicznemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Szczecinie (71-455), ul. Arkońska 4** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 43 zamówienia, a następnie, w ramach tej części zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez **G..... K.....** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **G..... K..... Diag-Med w Pruszkowie (05-800), ul. Stanisława 50** z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie (71-455), ul. Arkońska 4** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **bioMerieux Polska sp. z o.o. w Warszawie (01-882), ul. Żeromskiego 17** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Szczecinie (71-455), ul. Arkońska 4** na rzecz wykonawcy: **bioMerieux Polska sp. z o.o. w Warszawie (01-882), ul. Żeromskiego 17** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 929/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa wyrobów laboratoryjnych i odczynników wraz z dzierżawą analizatorów / sprzętu dla SPWSZ” zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 014-019257) w dniu 19 stycznia 2013 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu wniósł wykonawca: bioMerieux Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej w ramach zadania nr 43 przez G..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą G..... K..... Diag-Med w Pruszkowie. W ocenie Odwołującego treść tej oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek ich odrzucenia – oferta ta zawierała w sobie rozwiązania wariantowe, alternatywne. Dlatego też zaniechanie jej odrzucenia stanowiło, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Konsekwencją tych naruszeń było również zaniechanie uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 oraz z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 43, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Grażynę Konecką.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w dniu 24 kwietnia 2013 r., przystąpiła G..... K....., zwana dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone Izbie w toku postępowania odwoławczego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie treścią rozdziału XV SIWZ (tekst ujednolicony z dnia 18 lutego 2013 r.) zamówienie zostało podzielone na 52 zadania.

W pkt I.10 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *„Wykonawca składa tylko jedną ofertę. Alternatywy zawarte w treści oferty spowodują jej odrzucenie.”*, zaś w punkcie kolejnym (I.11) wyjaśnił, iż *„nie dopuszcza składania ofert wariantowych”*.

Zgodnie z pkt V.3.1 SIWZ, wykonawca wraz z ofertą mieli złożyć *„dokumenty opisujące przedmiot zamówienia (np. katalog, strony katalogu lub foldery, ulotki informacyjne, prospekty) – w j. polskim na oferowane wyroby, odczynniki i urządzenia będące przedmiotem dzierżawy – opisy wraz ze zdjęciem, ze wskazaniem w nim oferowanego asortymentu, podając nr zadania i pozycji w zadaniu.”*

W załączniku nr 1 do SIWZ, w opisie zakresu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zadania 43, wskazane zostało, iż zadanie to obejmuje m.in. dzierżawę analizatora do posiewów krwi. Zawarta została tam również informacja, że szczegółowe wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia zostały określone w załączniku 1-A-43 do SIWZ. W dokumencie tym Zamawiający wymagał m.in. aby oferowany mu analizator był *„przystosowany do wykonania 240-300 badań jednocześnie”*.

W formularzu oferty (załącznik 2-A do SIWZ), Zamawiający zamieścił m.in. tabelę, w którą wykonawcy zobowiązani byli uzupełnić w odniesieniu do przedmiotu dzierżawy kolumnę opisaną jako: *„Nazwa przedmiotu dzierżawy - typ”*, zaś w kolejnej kolumnie podać producenta oferowanego urządzenia.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania, przed upływem terminu składania ofert, w zakresie zadania nr 43, dwóch wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty: Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący, w złożonej w przez siebie ofercie, w formularzu ofertowym, w części opisującej przedmiot dzierżawy, w kolumnie opisanej jako „Nazwa przedmiotu dzierżawy - typ” wpisał: „Aparat do posiewów krwi i płynów ustrojowych”, jako jego producenta wskazał na Becton Dickinson. Wraz z ofertą, na stronach od 49 do 52, przedstawił ulotkę opisującą dwie wersje aparatu BD Bactec FX, tj. BD Bactec FX Top Unit oraz BD Bactec FX Stack. Na stronie 50, w treści powołanej ulotki zawarte została informacja, iż: *„Jeden aparat BD Bactec FX może badać jednocześnie 200 butelek z hodowlami Bactec (Top Unit) i ub 400 hodowli – wersja Stack z dwoma modułami testowymi”*.

Zamawiający, w piśmie z dnia 28 marca 2013 r., powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od Przystępującego *„wyjaśnień w zakresie treści oferty asortymentowo-cenowej dotyczącej zadania nr 43”*. Prosił o: *„wskazanie dokładnej nazwy i typu aparatu zaoferowanego do posiewu krwi”*. Wezwanie to zostało opatrzone następującą adnotacją: *„w ofercie w dokumencie opisowym widnieją 2 różne aparaty: BD Bactec FX Stack [pisownia oryginalna] i BD Bactec FX Top Unit”*.

Przystępujący w piśmie z dnia 3 kwietnia 2013 r. zawarł następujące oświadczenie: *„pragniemy wyjaśnić, iż zaoferowany przez naszą firmę aparat jest konstrukcją modułową i składa się z dwóch modułów, BD Bactec FX Top Unit (moduł sterujący zawierający 200 miejsc pomiarowych), oraz dodatkowego modułu na 200 miejsc inkubacyjno-pomiarowych. System o takiej konstrukcji nosi nazwę BD Bactec FX Stack i posiada 400 miejsc inkubacyjno-pomiarowych.”*

Zamawiający, odnosząc się do powołanych wyjaśnień, skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – pismo z dnia 8 kwietnia 2013 r. W wezwaniu tym zażądał: *„jednoznacznej odpowiedzi, poprzez wskazanie/potwierdzenie czy oferowany przez Państwa w zadaniu nr 43 w ofercie asortymentowo-cenowej (tabela 3) aparat to BD Bactec FX Stack?”*

W odpowiedzi na to pismo, Przystępujący, w piśmie z dnia 9 kwietnia 2013 r., oświadczył, iż: *„w zadaniu nr 43 w ofercie asortymentowo-cenowej (tabela 3), zaproponowany został aparat BD Bactec FX Stack”*.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w zakresie zadania 43 oferty złożonej przez Przystępującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, w odniesieniu do kwestionowanej przez siebie oferty, twierdził, iż Przystępujący nie sprecyzował w treści formularza ofertowego, jaki konkretnie urządzenie oferuje Zamawiającemu, zaś z załączonej do oferty ulotki mającej opisywać oferowany analizator do posiewów krwi i płynów ustrojowych nie wynika w żaden sposób, które z dwóch urządzeń w tej ulotce opisanych Przystępujący zobowiązał się wydierżawić Zamawiającemu. W powołanej ulotce, w ocenie Odwołującego, zawarty został opis dwóch różnych urządzeń (BD Bactec FX Top Unit oraz BD Bactec FX Stack), które różnią się od siebie nie tylko pod względem cech fizycznych, ale również pod względem wydajności pracy. Okoliczność ta, zdaniem Odwołującego, uzasadniała twierdzenie, iż Przystępujący złożył ofertę wariantową – mając w świetle zapisów SIWZ, obowiązek zindywidualizowania oferowanego urządzenia przez wskazanie jego nazwy własnej, przedstawił Zamawiającemu opis dwóch różnych aparatów, nie precyzując w żaden sposób, który z nich jest objęty jego ofertą. To zaś, z kolei, uzasadniało przekonanie, iż Zamawiający miał obowiązek odrzucenia tak sformułowanej oferty, jako tej, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Zaniechanie tej czynności stanowić miało naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W ocenie Izby twierdzenia formułowane przez Odwołującego znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym.

Zamawiający w SIWZ (pkt I.10 i 11) w sposób jednoznaczny oświadczył, iż nie dopuszcza on ofert wariantowych, zaś zaproponowanie przez Wykonawcę w złożonej przez niego ofercie rozwiązań alternatywnych zrodzi po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty.

Nie było sporne między Stronami, iż w formularzu oferty uzupełnionym przez Przystępującego nie został zindywidualizowane urządzenie, którego wydierżawienie oferta ta obejmowała swoim zakresem. Nie było również pomiędzy stronami sporne, iż obowiązek takiej indywidualizacji tegoż urządzenia został na wykonawców zapisami SIWZ (pkt V.3.1 SIWZ, załącznik 2-A do SIWZ) nałożony.

Oś sporu pomiędzy Stronami zasadzała się na rozstrzygnięciu tego, czy z załączonej do oferty Przystępującego ulotki (str. 49 – 52 oferty) można wywieść, iż Przystępujący

zaoferował Zamawiającemu wydzierżawienie konkretnego, precyzyjnie wskazanego w ofercie i dokumentach z nią złożonych, urządzenia.

Jak twierdził Zamawiający, a potwierdzał to Przystępujący, z powołanej ulotki opisującej oferowane urządzenie wynikało, że zamiarem Przystępującego było zaoferowanie BD Bactec FX Stack. Istotną dla Zamawiającego była również treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w toku postępowanie o udzielenie zamówienia. W odpowiedzi na skierowane do niego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczył on bowiem, iż to właśnie urządzenie oferuje on Zamawiającemu. Istotnym jest, iż tak Zamawiający, jak i Przystępujący, w celu wykazania, iż oferta złożona przez tegoż wykonawcę wskazywała w sposób wymagany zapisami SIWZ na konkretne urządzenie, powoływali się na treść ulotki, jako na tę, która wskazuje na takie urządzenie. Dodatkowym argumentem, przemawiającym, za słusznością tego przekonania, zdaniem Zamawiającego, było wskazanie przez Przystępującego w uzupełnionym przez niego formularzu stanowiącym załącznik 1-A-43 do SIWZ, że oferowany przez niego analizator spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego.

Analiza zapisów SIWZ oraz oferty złożonej przez Przystępującego, w tym również dokumentów wraz z nią złożonych, w ocenie Izby pozwala stwierdzić, że obowiązkiem wykonawcy było wyraźne wskazanie nazwy urządzenia, którego dzierżawę oferuje on Zamawiającemu. Zdaniem Izby Przystępujący nie wypełnił tego obowiązku. Jak to zostało już wskazane, nie było sporne między stronami, iż w formularzu oferty, a zatem w miejscu, gdzie w świetle zapisów SIWZ oczekiwał tego Zamawiający, Przystępujący nie sprecyzował, jaki analizator oferuje. Samo to niedopatrzenie nie rodziłoby negatywnych skutków dla tegoż wykonawcy, o ile z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, wynikałoby w sposób dostateczny, iż objął on swoją ofertą, tak jak było to wymagane w SIWZ, dzierżawę indywidualnego, wyraźnie oznaczonego analizatora. Jak uznał skład orzekający, treść tych dokumentów nie pozwala, bez udziału Przystępującego, rozstrzygnąć, którą z dwóch wersji aparatu BD Bactec FX objął on swoją ofertą. Uwzględniając treść wezwań formułowanych przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia uznać należy, że przekonanie to podzielał pierwotnie również Zamawiający. Jak to wskazano powyżej, w piśmie z dnia 28 marca 2013 r. stwierdził on, iż „w ofercie w dokumencie opisowym widnieją 2 różne aparaty: *BD Bactec FX Stach* [pisownia oryginalna] i *BD Bactec FX Top Unit*”. Również w ocenie Izby, z przedstawionej wraz z ofertą ulotki nie wynika, którą z wersji aparatu BD Bactec FX Przystępujący zaoferował Zamawiającemu. Dokument ten jest ulotką informacyjną opisującą dwie wersje aparatu BD Bactec FX (każda z nich charakteryzuje się innymi parametrami, w tym inną wydajnością).

Jest on adresowany do nieokreślonego odbiorcy, nie zawiera zatem żadnego wskazania, którą wersję tegoż aparatu objął swoją ofertą Przystępujący. Nie jest takim wskazaniem powołane przez Zamawiającego w toku rozprawy przed Izba, a pochodzące z tejże ulotki, zdanie: „*Jeden aparat BD Bactec FX może badać jednocześnie 200 butelek z hodowlami Bactec (Top Unit) lub 400 hodowli – wersja Stack z dwoma modułami testowymi*”.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż w ofercie złożonej przez Przystępującego nie zostało zawarte oświadczenie, którą z dwóch opisanych w załączonej do oferty ulotki wersji aparatu BD Bactec FX zaoferował Przystępujący. Wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości pociągałoby za sobą konieczność przeprowadzenia niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji Zamawiającego z tym wykonawcą. Wskazanie na konkretną wersję powołanego aparatu wymagałoby złożenia wyraźnego oświadczenia przez samego wykonawcę, że oferuje on Zamawiającemu ten właśnie produkt. Tak też było w rozpoznawanej sprawie – Przystępujący w pismach z dnia 3 i 9 kwietnia 2013 r. uzupełniał złożoną przez siebie ofertę poprzez wskazanie na konkretną wersję aparatu BD Bactec FX. Oświadczenie takie powinno było zostać jednak złożone w ofercie. Na późniejszym etapie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyłącza dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty (z zastrzeżeniem ust. 1a i 3 tegoż artykułu – nie zostało jednak udowodnione, aby w tym przypadku przepisy te znalazłyby zastosowanie). Stąd też nie można uznać oświadczeń Przystępującego zawartych w pismach z dnia 3 i 9 kwietnia 2013 r. za skutecznie zmieniających treść pierwotnie złożonej oferty.

Dlatego też Izba uznała, iż potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a w konsekwencji także innych przepisów przywołanych w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: