

Sygn. akt: KIO 813/22

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawcę **Centrum Diabetologii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Salus International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Diabetologii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Diabetologii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Centrum Diabetologii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie** kwotę **4 526 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa drobnego sprzętu medycznego jednorazowego użytku do Nr 1 SPSK PUM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 21 marca 2022 roku wykonawca Centrum Diabetologii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego w pakiecie nr 9.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p. :

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty złożonej w postępowaniu przez firmę Salus International Sp. z o.o. w Katowicach, mimo że oferta ta zasługuje na odrzucenie,
2. art. 17 pkt. 2 ustawy P.z.p. poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 9,
2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert dla pakietu nr 9,
3. wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.

Ponadto odwołujący wniósł o:

1. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,
2. przekazanie odwołującemu ewentualnej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie w tym samym terminie, w którym ta odpowiedź zostanie przekazana do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,

3. przeprowadzenie dowodów z załączników nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy P.z.p. W razie uwzględnienia argumentów i żądań odwołującego, to odwołującemu może zostać powierzona realizacja zadania objętego postępowaniem w pakiecie nr 9. Szkoda, jaką może ponieść odwołujący na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów polega na utracie dochodu z tytułu wynagrodzenia za realizację zamówienia. Powyższe wyjaśnienie potwierdza prawo odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 kwietnia 2022 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 2.926,83 + VAT (zgodnie załączoną fakturą) oraz kosztów opłaty skarbowej od złożonego w niniejszej sprawie pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie przedstawiciela zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Salus International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej także: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający podzielił zamówienie na 13 pakietów. Przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 9 są „Paski do pomiaru glukozy we krwi”.

Wśród wymaganych parametrów postawionych przez zamawiającego dla tego pakietu są między innymi:

1. zakres pomiaru: min 10-600 (+-100) mg/dL,
2. sygnalizuje pobranie odpowiedniej kropli krwi do pomiaru,
3. brak rozpoczęcia badania przy pobraniu zbyt małej ilości krwi.

W odniesieniu do pakietu 9 postawione zostało pytanie nr 18: *Dotyczy Pakietu 9 (Paski do pomiaru glukozy we krwi) tiret trzecie. Prosimy o potwierdzenie, że "(+-100) dotyczy tylko górnej granicy zakresu pomiarowego, a dolna granica ma wynosić 10mg/dL lub mniej niż 10mg/dl. Pozostawienie zapisu "min 10" nie dopuszcza zakresu pomiarowego na przykład od 5mg/dL, ale jednocześnie dopuszcza zakres pomiarowy od dolnej granicy np. 150mg/dl, która to wartość jest większa niż 10mg/dL.*

Na postawione pytanie odpowiedź zamawiającego brzmiała: „Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ”.

Przystępujący zaoferował system do pomiaru glukozy we krwi o nazwie OKmeter Core i przedstawił jej parametry w załączonej ulotce. Z treści ulotki wynika, że zakres pomiaru zaoferowanego urządzenia wynosi: 20-600mg/dL. Z treści tej wynika także, iż zaoferowany system posiada następujące cechy: tryb pobierania krwi brak pomiaru przy zbyt małej ilości krwi, sygnalizacja pobrania odpowiedniej ilości.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym: specyfikacji warunków zamówienia, odpowiedzi na pytanie 18 z dnia 19 stycznia 2022 roku oraz oferty przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odwołujący zarzucił, że system zaoferowany przez przystępującego nie spełnia parametrów:

1. zakres pomiaru: min. 10-600 (+-100) mg/dL,
2. sygnalizuje pobranie odpowiedniej kropli krwi do pomiaru,
3. brak rozpoczęcia badania przy pobraniu zbyt małej ilości krwi.

Odwołujący zarzucił także, że wymagane parametry: tryb pobierania krwi brak pomiaru przy zbyt małej ilości krwi, sygnalizacja pobrania odpowiedniej ilości zostały przez odwołującego dopisane do ulotki systemu. Na dowód powyższego odwołujący dołączył

oryginalną ulotkę urządzenia, złożoną w innym postępowaniu, w której nie ma informacji o spełnieniu wskazanych wyżej parametrów.

W ocenie Izby zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez system zaoferowany przez przystępującego parametru zakresu pomiaru, Izba wskazuje, że wskazany przez zamawiającego zakres pomiaru w brzmieniu: „min. 10-600 (+-100) mg/dL” był określony w sposób nieprecyzyjny, przez co istniała więcej niż jedna możliwość jego interpretacji. W szczególności nie wiadomo, czy określenie „min.” dotyczyło wyłącznie dolnej granicy zapisu, czy też jego całego. Podobnie z określeniem (+-100) – w tym przypadku istniały wątpliwości co do tego, czy dopuszczalne odchylenie dotyczyło górnej granicy zakresu czy też całego zakresu.

System zaoferowany przez przystępującego posiada zakres 20-600 (+-100) mg/dL. Gdyby przyjąć, że określenie „min.” dotyczy dolnej granicy zakresu pomiaru, system ten spełniałby określony parametr.

Izba wskazuje, że w sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów s.w.z., zachodzi niejednoznaczność s.w.z. Z kolei niejednoznaczność postanowień s.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70¹ § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś

takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji.”

Wskazując na powyższe, Izba doszła do przekonania, że system zaoferowany przez przystępującego, posiadający zakres pomiaru 20-600 mg/dL spełnia parametr określony przez zamawiającego jako min. 10-600 (+-100) mg/dL.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, że system zaoferowany przez przystępującego nie spełnia wymogów w zakresie sygnalizacji pobrania odpowiedniej kropli krwi do pomiaru oraz braku rozpoczęcia badania przy pobraniu zbyt małej ilości krwi.

Odwołujący oparł odwołanie w tym zakresie na okoliczności, iż przystępujący samodzielnie potwierdził w ulotce systemu wymagane parametry poprzez ich dopisanie do oryginalnej treści ulotki.

W ocenie Izby samodzielne umieszczenie w treści ulotki zapisów potwierdzających wymagane parametry nie przesądza o tym, że oferowany produkt nie posiada funkcjonalności, na temat których informacja została dopisana. Ulotka produktu jest jedynie drukiem informacyjnym, nie stanowi dokumentu w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Samodzielne dopisywanie w jej treści informacji, których wcześniej nie posiadała, nie jest prawnie zakazane. Podkreślić należy, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał ulotek oryginalnych, sporządzonych przez producenta. Nie zakazał również dopisywania w niej informacji wcześniej nieujętych. Jeżeli odwołujący kwestionował fakt posiadania przez zaoferowany produkt wymaganych funkcjonalności, winien był okoliczność tę udowodnić w inny sposób, np. poprzez okazanie produktu zaoferowanego przez przystępującego i zademonstrowanie jego funkcjonalności bądź też uzyskanie oświadczenia producenta systemu dotyczącego spełnianych przez niego parametrów. Odwołujący takich dowodów nie przedłożył, natomiast podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż to na nim – zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p. – spoczywał ciężar wykazania faktów, z których wywodził on skutki prawne.

Izba zwraca uwagę, że parametry sygnalizacji pobrania odpowiedniej kropli krwi do pomiaru oraz braku rozpoczęcia badania przy pobraniu zbyt małej ilości krwi są ze sobą skorelowane. Wymagania w tym zakresie można również uznać za spełnione w sytuacji, gdy zaoferowany system nie rozpocznie badania przy pobraniu zbyt małej ilości krwi oraz gdy rozpocznie badanie przy pobraniu wystarczającej ilości krwi, co podnosili zamawiający i przystępujący. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie ustanowił wymogu w zakresie jakiegось szczególnego sposobu sygnalizacji pobrania odpowiedniej ilości krwi do

pomiaru (np. sygnału dźwiękowego, świetlnego, w postaci tekstowej itp.). Można zatem przyjąć, że sam fakt rozpoczęcia badania po pobraniu wystarczającej ilości krwi stanowi również sygnał, iż wymagana ilość krwi została pobrana. Zgodnie zaś z informacją zawartą w treści ulotki załączonej przez przystępującego, zaoferowany przez niego system, po pobraniu i przyłożeniu próbki krwi, „rozpocznie odliczanie”, co może zostać uznane za sygnalizację pobrania odpowiedniej ilości krwi do pomiaru.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty dotyczące niespełniania przez system zaoferowany przez przystępującego parametrów w zakresie sygnalizacji pobrania odpowiedniej kropli krwi do pomiaru oraz braku rozpoczęcia badania przy pobraniu zbyt małej ilości krwi, nie zostały przez odwołującego udowodnione i – tym samym – nie zasługiwały na uwzględnienie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: