

**Sygn. akt: KIO 419/14**

**WYROK**  
**z dnia 19 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2014 r. przez wykonawcę Siemens Sp. z o. o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11, w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego, Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, 40-027 Katowice, ul. Francuska 20-24,

przy udziale wykonawcy Werfen Polska Sp. z o. o., 03-699 Warszawa, ul. Wolińska 4, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części III, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Siemens Sp. z o. o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 w zakresie części III, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części III z uwzględnieniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wobec wykonawcy Siemens Sp. z o. o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego, Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, 40-027 Katowice, ul. Francuska 20-24 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Siemens Sp. z o. o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego, Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, 40-027 Katowice, ul. Francuska 20-24, na rzecz Odwołującego - Siemens Sp. z o. o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11, kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa odczynników oraz dzierżawa analizatorów VIII.

W dniu 3 marca 2014 r., wobec odrzucenia jego oferty i wyborze, jako najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr 3 oferty wykonawcy Werfen Polska Sp. z o. o. odwołanie złożył wykonawca Siemens Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także jako „Pzp”] poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ i powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami oceny określonymi przez Zamawiającego;
- 3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór, jako oferty najkorzystniejszej oferty Werfen Polska Sp. z o. o., mimo iż zgodnie z przepisami ustawy Pzp za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) ponownego badania i oceny ofert,
- 3) wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż Zamawiający błędnie przyjął, iż jego oferta złożona w zakresie Pakietu nr 3 jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż wbrew stanowisku Zamawiającego, zaoferował do kontroli czasu trombinowego osocze kontrolne Control Plasma N i Control Plasma P czyli materiały kontrolne na dwóch poziomach co odpowiadało wymogom SIWZ. W celu potwierdzenia załączył do oferty karty charakterystyki oferowanych odczynników. Podkreślał również, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień potwierdził, że zaoferował materiał kontrolny Control Plasma P, który posiada wartości przypisane dla czasu trombinowego, na dowód czego załączył do wyjaśnień dokument producenta w postaci Tabeli Wartości Przypisanych dla

tego odczynnika. Zdaniem Odwołującego z dokumentu tego wynikało jednoznacznie, że Control Plasma P jest przeznaczony do kontroli czasu trombinowego na poziomie patologicznym. W ocenie Odwołującego z treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty wynika, że Zamawiający nie wziął pod uwagę załączonego do wyjaśnień dokumentu producenta tj. Tabeli Wartości Przypisanych dla Control Plasma P, z którego to dokumentu jednoznacznie wynika, że zaoferowany odczynnik przeznaczony jest do kontroli w zakresie patologicznym czasu trombinowego, czyli na drugim poziomie i tym samym jego oferta odpowiada wymogom SIWZ. Ponadto Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 17 dopuścił składanie dokumentów innych niż metodyka w celu potwierdzenia wymaganych parametrów oferowanych materiałów.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa odczynników oraz dzierżawa analizatorów VIII.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2013 r., pod numerem 2013/S 236-409728.

Zgodnie z postanowieniami pkt IV ppkt 2 SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na 12 części. Część 3 obejmowała dostawę odczynników i materiałów zużywalnych wraz z dzierżawą 2 analizatorów do badań z zakresu koagulologii.

Zgodnie z postanowieniami pkt VI ppkt 3 lit. b) SIWZ – Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ Zamawiający żądał przedłożenia m.in. karty charakterystyki oferowanych odczynników – Metodyka (na nośniku elektronicznym lub w formie papierowej) – dotyczy Pakietów 1, 2, 3, 4 dla pozycji od 3 do 7), 5, 7, 8, 9 i 10.

W załączniku nr 3 do SIWZ – Formularz Asortymentowo-Cenowy dla Pakietu nr 3, Zamawiający zastrzegł: „(...) Do podanych ilości oznaczeń należy doliczyć ilość odczynników, kalibracji czynników APTT i PT – zależnych w przypadku zmiany serii APTT czy PT oraz do każdorazowej kontroli jakości na minimum dwóch poziomach”.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w piśmie z dnia 3 stycznia 2014 r. odpowiadając na pytanie „czy Zamawiający uzna za równocenne w punkcie 2 parametrów ocenianych z zapisem w ulotce potwierdzenie odpowiednim oświadczeniem Producenta możliwości zamrażania odczynników z grupy czynników krzepnięcia?” wskazał, iż

„(...) Tak. Pisemne oświadczenie producenta, zawierające niezbędne informacje dotyczące warunków mrożenia należy dołączyć do oferty.”

Do upływu terminu składania ofert, na Pakiet nr 3 swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Werfen Polska Sp. z o. o. na kwotę 732.700,08 zł,
- 2) Siemens Sp. z o. o. na kwotę 684.514,04 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z treścią oferty wykonawcy Siemens Sp. z o. o. (str. 5 oferty) zaoferował on m.in.:

- 1) Osocze kontrolne normalne – Control Plasma N oraz
- 2) Osocze kontrolne patologiczne – Control Plasma P.

Na str. 121 oferty wykonawca załączył kartę charakterystyki dla odczynnika Control Plasma N, a na str. 122 kartę charakterystyki dla odczynnika Control Plasma P.

Pismem z dnia 31 stycznia 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Siemens Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający wskazał, iż w załączniku nr 3 w formularzu asortymentowo-cenowym w punkcie II – Materiały kontrolne żądał odczynników do kontroli jakości parametrów układu krzepnięcia na minimum dwóch poziomach. Zamawiający stwierdził, iż wykonawca w materiałach kontrolnych w pozycji nr 1 „Osocze kontrolne normalne” zaoferował do kontroli czasu trombinowego osocze kontrolne tylko na jednym poziomie Control Plasma N o numerze katalogowym ORKE41 co znajduje potwierdzenie w załączonej karcie charakterystyki – Metodyce.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Siemens Sp. z o. o. wyjaśnił, iż zaoferowany materiał kontrolny w zakresie patologicznym (Control Plasma P) posiada wartości przypisane dla czasu trombinowego, zatem spełnia wymóg SIWZ w zakresie odczynników do kontroli jakości parametrów układu krzepnięcia na minimum dwóch poziomach. Na potwierdzenie powyższego wykonawca dołączył do wyjaśnień dokument producenta Tabele Wartości Przypisanych dla produktu Control Plasma P.

Pismem z dnia 18 lutego 2014 r., Zamawiający poinformował wykonawcę Siemens Sp. z o. o. iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił jego oferty w zakresie Pakietu nr 3. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż zgodnie z załączoną do oferty kartą charakterystyki dla odczynnika Control Plasma P, wskazanego przez Siemens Sp. z o. o. do badania czasu trombinowego na drugim poziomie, produkt ten nie uwzględnia kontroli czasu trombinowego na żądanym przez Zamawiającego, drugim poziomie w zakresie wartości patologicznych, co uniemożliwia przeprowadzenie kontroli jakości parametrów układu krzepnięcia na minimum dwóch poziomach. Również w dniu 18 lutego 2014 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty w zakresie części III wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Werfen Polska Sp. z o. o.

Czynność te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 3 marca 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Werfen Polska Sp. z o. o., stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron i Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

#### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w zakresie części III.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w tym zakresie, iż Zamawiający nie posiadał wystarczających informacji, które jednoznacznie skutkowałyby stwierdzeniem niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Odwołujący zaoferował dwa rodzaje odczynników, do badania czasu trombinowego. Do obu tych odczynników dołączono karty charakterystyki. Z kraty charakterystyki preparatu Control Plasma N wynika jednoznacznie, iż przeznaczony jest on m.in. do badania czasu trombinowego, natomiast z karty charakterystyki preparatu Control Plasma P nie wynika, aby był on przeznaczony również do badania czasu trombinowego. Parametr ten w ocenie Izby nie wynika również z Tabeli Wartości Przypisanych dla produktu Control Plasma P przedłożonej przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami składanymi Zamawiającemu. Izba w tym miejscu wskazuje, iż nie można zgodzić się z Odwołującym, że z łącznego odczytania zarówno Karty charakterystyki jak i Tabeli Wartości Przypisanych można wywieść, iż zaoferowany preparat posiada możliwość badania czasu trombinowego na poziomie drugim. W ocenie Izby ustalenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie może opierać się na przypuszczeniach, domysłach czy interpretacji dokumentów dokonywanej

przez Zamawiającego. Zdaniem Izby treść oferty winna być na tyle precyzyjna i jednoznaczna, aby umożliwić Zamawiającemu dokonanie jednoznacznej oceny oferty, pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Niemniej czynności zamawiającego w ocenie Izby należy uznać za przedwczesne. Zgodnie z treścią pkt VI ppkt 3 lit. b) SIWZ na potwierdzenie spełniania przez oferowane wyroby wymogów określonych w SIWZ, Zamawiający wymagał przedłożenia karty charakterystyki oferowanych odczynników w tym również dla Pakietu nr 3. Niewątpliwie dokument ten mieści się w katalogu dokumentów, jakich może zadać zamawiający w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro zatem Zamawiający doszedł do wniosku, iż karta charakterystyki przedłożona dla odczynnika Control Plasma P nie potwierdza, że wyrób ten umożliwia badanie czasu trombinowego na poziomie drugim, Zamawiający zobowiązany był do zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać Odwołującego do przedłożenia dokumentu, nie obciążonego błędem, tj. potwierdzającego spełnianie przez oferowany wyrób wymogów SIWZ. Dopiero po wyczerpaniu w/w procedury Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym będzie miał możliwość dokonania prawidłowej, pełnej oceny oferty Odwołującego i tym samym prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr III. Wobec nie wyczerpania przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, za nieprawidłowy w przedmiotowym stanie faktycznym należało uznać wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, gdyż czynność badania i oceny ofert obciążona była błędem.

Jedynie na marginesie Izba dodaje, iż na powyższą ocenę nie wpływa odpowiedź Zamawiającego udzielona wykonawcom w toku postępowania na pytanie nr 17 w piśmie z dnia 3 stycznia 2014 r., gdyż zamawiający dopuścił, jako równoważne oświadczenie producenta jedynie w zakresie informacji dotyczących warunków mrożenia odczynników.

Mając na względzie powyższe Izba 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).

**Przewodniczący:** .....