

WYROK

z dnia 3 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 3 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2014 r. przez **Odwołującego** – Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

przy udziale **Wykonawcy** – Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 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

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach prowadzi w przetargu nieograniczonym postępowanie na dostawę odczynników oraz dzierżawę analizatorów - VIII (Nr sprawy: ZP-13-128 UN), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 grudnia 2013 roku nr 2013/S 236-409728 w zakresie Pakietu nr 3 — „Dostawa odczynników i materiałów zużywalnych wraz z dzierżawą 2 analizatorów do badań z zakresu koagulologii”.

Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechania w ramach powtórzonej czynności badania ofert — mimo złożenia przez Zamawiającego oświadczenia woli o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego dnia 5 maja 2014 roku w sprawie o sygnaturze akt KIO 885/14 (Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 maja 2014 roku) i związania tym oświadczeniem woli — oceny oferty Siemens Sp. z o.o. jako niezgodnej z ustawą oraz oceny treści oferty Siemens Sp. z o.o. jako nie odpowiadającej treści siwz i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o.;

zaniechania odrzucenia oferty Siemens jako niezgodnej z treścią siwz i niezgodnej z ustawą; dokonania wyboru oferty Siemens Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;

zaniechania wyboru oferty Werfen Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 65 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PZP poprzez zaniechanie oceny oferty Siemens Sp. z o.o. przy powtórnej czynności badania ofert z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołującego w sprawie o sygnaturze akt KIO 885/14, co do których Zamawiający złożył oświadczenie o ich uwzględnieniu (Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 maja 2014 roku) i związania tym oświadczeniem woli;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez nieodrzućenie oferty Siemens Sp. z o.o. w Warszawie jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści siwz;

3. art 89 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 25 ust. 2 PZP oraz § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013

roku (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 z późn. zmianami) poprzez nieodrzućenie oferty Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z ustawą;

4. art. 91 ust. 1 PZP w związku z art. 7 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Werfen Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty Siemens Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;

5. art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym wniósł o:

1. dołączenie do akt sprawy akt postępowań o sygn. akt KIO 419/14 i sygn. akt KIO 885/14 dotyczących Pakietu nr 3 - „Dostawa odczynników i materiałów- zużywalnych wraz z dzierżawą 2 analizatorów do badań z zakresu koagulologii” w ramach przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników oraz dzierżawę analizatorów — VIII (Nr sprawy: ZP-13-128 UN);

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 3 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

O okolicznościach stanowiących podstawę niniejszego odwołania Odwołujący dowiedział się w dniu 11.06.2014 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Dnia 11 czerwca 2014 roku Werfen Polska Sp. z o.o. został zawiadomiony o dokonaniu na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP wyboru do realizacji zamówienia w zakresie Pakietu nr 3 oferty złożonej przez Siemens Sp. z o.o.

Zamawiający powtarzał czynność badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu Werfen Polska Sp. z o.o. z dnia 5 maja 2014 roku w sprawie o sygnaturze akt KIO 885/14.

Podniesione przez Werfen Polska Sp. z o.o. w powyższym odwołaniu zarzuty dotyczyły czynności zaniechania odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o. i w konsekwencji niezgodnego z przepisami PZP wyboru oferty Siemens Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Werfen Polska Sp. z o.o. podniósł, że Siemens Sp. z o.o. wezwany w wyniku wyroku KIO z dnia 18 marca 2014 roku (sygn. akt KIO 419/14) do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 PZP poprzez przedstawienie dokumentu potwierdzającego, że przedmiot zamówienia Control Plasma P o numerze katalogowym OUPZ17 umożliwia przeprowadzenie kontroli jakości dla czasu trombinowego, a tym samym, że oferta Siemens Sp. z o.o. spełnia wymóg zapewnienia materiału kontrolnego na 2 poziomach wymaganych przez SIWZ, nie przedstawił takiego dokumentu w wymaganej formie (została złożona kserokopia Karty charakterystyki bez oświadczenia woli w przedmiocie potwierdzenia za zgodność z

oryginałem). Brak złożenia przez Siemens Sp. z o.o. dokumentu w wymaganej formie skutkowało niewykazaniem, że zaoferowany przez Siemens Sp. z o.o. materiał kontrolny Control Plasma P jest zgodny z treścią SIWZ (spełnienie parametru granicznego kontroli na dwóch poziomach czasu trombinowego). Wykazano także niezgodność treści oferty Siemens Sp. z o.o. z punktem 27 Załącznika Nr 3 do SIWZ „Formularz asortymentowo-cenowy”, w którym Zamawiający jako jeden z parametrów granicznych wprowadził wymóg zaoferowania odczynnika „APTT bogatego w fosfolipidy”. Siemens Sp. z o.o. zaoferował w tej pozycji Actin FSL (nr kat. B4219-1), który jest odczynnikiem o niskiej zawartości fosfolipidów.

Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 maja 2014 roku, na podstawie art. 186 ust 2 PZP poinformował, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu Werfen Polska Sp. z o.o. z dnia 5 maja 2014 roku oraz że, wobec powyższego unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtarza czynność badania ofert.

Stanowisko Zamawiającego stanowi nie budzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 5 maja 2014 roku. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 października 2012 roku (sygn. akt KIO 2083/12) zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Jeśli zamawiający nie ma zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą co do żądań, których spełnienie uważał za nierealne.

W sytuacji złożenia przez Zamawiającego oświadczenia woli w przedmiocie uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania ofert, Werfen Polska Sp. z o.o. cofnęła odwołanie. Postępowanie odwoławcze zostało dnia 16 maja 2014 roku umorzone.

Odwołujący ma świadomość, że cofnięte odwołanie nie wywołuje żadnych skutków, które ustawa wiąże z jego wniesieniem. Jednakże cofnięcie odwołania nie wpływa na oświadczenia woli złożone przez Zamawiającego w zakresie uznania zarzutów. Zamawiający nie uchylił się od skutków prawnych tego oświadczenia w sposób uregulowany w art. 88 k.c. Dokonując powtórnego badania i oceny ofert potwierdził, że dokonane uprzednio przez niego czynności były obarczone wadą.

Zaniechanie oceny oferty Siemens Sp, z o.o. przy powtórnym badaniu ofert z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego dnia 5 maja 2014 roku w sprawie o sygnaturze akt KIO 885/14, co do których Zamawiający złożył oświadczenie woli o ich uwzględnieniu i związania tym oświadczeniem woli stanowi naruszenie art. 65 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PZP.

Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Postępowanie ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne, (tak: wyrok KIO z 10 października 2012 roku, KIO 2037/12).

W tym stanie rzeczy, Odwołujący, wycofując odwołanie wniesione 5 maja 2014r, działał w przekonaniu o racjonalnym działaniu Zamawiającego, zgodnym z przepisami PZP.

Wynik czynności oceny ofert, każdorazowo jest suwerenną decyzją Zamawiającego, którą Wykonawca jest władny kontrolować (przynajmniej w odniesieniu do zakresu kognicji KIO), poprzez system środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym, Werfen Polska Sp. z o.o. kwestionuje prawidłowość dokonanej czynności oceny oferty Siemens Sp. z o.o., zaniechania jej nieodrzućenia i wyboru przez Zamawiającego tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Treść oferty Siemens Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ. Jest ona niezgodna z punktem 27 Załącznika Nr 3 do SIWZ („Formularz asortymentowo-cenowy”), w którym Zamawiający jako jeden z parametrów granicznych wprowadził wymóg zaferowania odczynnika „APTT bogatego w fosfolipidy” (a więc z wysoką zawartością /stężeniem/ fosfolipidów”). Siemens zaferował błędnie w tej pozycji Actin FSL (nr kat. B4219-1), który jest odczynnikiem o niskiej zawartości fosfolipidów.

W ramach powtórnego badania ofert, Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2014 roku wystosował do Siemens Sp. z o.o. wezwanie do uzupełnienia oferty i przedłożenia dokumentu jednoznacznie potwierdzającego spełnianie przez oferowany wyrób w Pakiecie Nr 3 poz. 27 (AP1T bogaty w fosfolipidy) wymogów SIWZ.

Siemens Sp. z o.o. nie przedstawił dokumentu na potwierdzenie spełniania tego parametru granicznego przez zaferowany odczynnik. Pismo Siemens Sp. z o.o. z dnia 4 czerwca 2014 roku i dołączone do niego dokumenty nie potwierdzają spełniania przez zaferowany w tej pozycji odczynnik Actin FSL (nr kat. B4219-1) parametru granicznego, tj. bogaty w fosfolipidy (przedstawione Karty charakterystyki /ulotki produktu/ nie zawierają informacji na ten temat). Siemens Sp. z o.o. w tym zakresie ogranicza się jedynie do ogólnych stwierdzeń, że „zawartość fosfolipidów w odczynnikach do AFIT nie jest określana”, a „zaferowane odczynniki do APTT zawierają optymalną ilość fosfolipidów' i aktywatorów powierzchniowych”.

Zamawiający zobligowany był w związku z tym odrzucić ofertę Simensa Sp. z o.o. jako niezgodną z SIWZ.

Odwolujący podnosi, że odczynnik Actin FSL produkowany był wcześniej przez firmę Dade Behring (stąd też nazwany jest czasami Dade Actin FSL), która została kilka lat temu przejęta przez firmę Siemens Sp. z o.o. Odczynnik Actin FSL (Dade Actin FSL) jest powszechnie znany i opisywany w literaturze jako wysoko wrażliwy na antykoagulant toczniowy, m. in. dzięki niskiej zawartości fosfolipidów (w przeciwieństwie do wymaganego w SIWZ odczynnika „APTT bogatego w fosfolipidy”. /Odczynniki do APTT z wysoką zawartością fosfolipidów są mało wrażliwe na antykoagulant toczniowy/).

Potwierdzenie niskiej zawartości fosfolipidów w odczynniku Actin FSL (Dade Actin FSL) znajduje się w materiale informacyjnym samego producenta - firmy Siemens na temat diagnostyki zespołu antyfosfolipidowego pt: „Anti-phospholipid Syndrome and Testing for Lupus Anticoagulants: Routine Approach Using Siemens Reagent / Zespół antyfosfolipidowy i diagnostyka antykoagulanu toczniowego: rutynowe postępowanie przy użyciu odczynników firmy Siemens”. Na str 7. tego dokumentu podano następujący opis odczynnika Actin FSL: „Dudę Actin FSL (..) odczynnik na bazie kwasu elagowego z niską zawartością fosfolipidów”. Ponadto publikacja ta wyraźnie różnicuje poszczególne odczynniki Siemens: a) co do zawartości fosfolipidów, b) co do ich wrażliwości na antykoagulant toczniowy. (Zgodnie z tymi materiałami, można przyjąć, że Siemens Sp. z o.o. się pomylił i w ofercie zaoferował odczynnik Actin FSL (o niskiej zawartości fosfolipidów), zamiast Actin FS (o wysokiej zawartości fosfolipidów).

Odnosnie wyjaśnień Siemens Sp. z o.o. należy podnieść, że załączone ulotki odczynnikowe w żaden sposób nie potwierdziły spełniania wymagań Zamawiającego. W każdym odczynniku do APTT, z definicji, muszą być pewne ilości fosfolipidów i każdy odczynnik do APTT w pewien sposób reaguje z antykoagulantem toczniowym - stąd też w ulotkach wszystkich odczynników do APTT są zapisy dotyczące obecności fosfolipidów w ich składzie oraz możliwości wystąpienia nieprawidłowego wyniku w próbkach z antykoagulantem toczniowym. To iż, jak pisze Siemens Sp., o.o. w swoich wyjaśnieniach: „w ulotce Dade Actin FS i Dade Actin FSL zapis o zmiennych wynikach w próbkach zawierających antykoagulanty tocznio-podobne jest identyczny”, nie znaczy wcale, że oba te odczynniki są identyczne jeśli chodzi o zawartość fosfolipidów i wrażliwość na antykoagulant toczniowy.

W poz. 27 Pakietu nr 3 żądano nie dowolnego odczynnika do APTT (jak w poz. 3. tego samego pakietu), ale specjalnego odczynnika do APTT - z wysoką zawartością fosfolipidów (co związane jest z małą wrażliwością odczynnika APTT na antykoagulant toczniowy).

Te własności odczynnika nie są opisywane szczegółowo w ulotkach odczynników, ale niewątpliwie wśród różnorodnych odczynników APTT są odczynniki o wyższej zawartości

fosfolipidów i o niższej, a producenci znają charakterystykę swoich odczynników. Zawartość fosfolipidów jest istotną cechą odczynnika determinującą jego wrażliwość na antykoagulant toczeniowy. Ta wiedza, opisywana w licznych publikacjach, jest powszechnie znana zwłaszcza wśród laboratoriów zajmujących się diagnostyką specjalistycznych oznaczeń koagulologicznych, do których należy Laboratorium Zamawiającego.

Oferta Siemens Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona. Zamawiający mimo wcześniejszego uwzględnienia zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w powyższym zakresie i obecnego nieuzupełnienia przez Siemens Sp. z o.o. na wezwanie dokumentu jednoznacznie potwierdzającego spełnianie przez oferowany wyrób w poz. 27 (APTT bogaty w fosfolipidy) wymogów SIWZ, nie dokonał czynności odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o.

Oferta Siemens Sp. z o.o. jest także niezgodna z ustawą w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 25 ust. 2 PZP oraz § 7 ust. 1 Rozporządzenia PRM w sprawie rodzajów dokumentów /.../ (dalej nazywane „Rozporządzeniem”).

Na podstawie wyroku z dnia 19 marca 2014 roku (sygn. akt: KIO 419/14) Siemens Sp. z o.o. został wezwany do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Siemens Sp. z o.o. miał wykazać, że oferowany przedmiot zamówienia Control Plasma P o numerze katalogowym OUPZ17 umożliwia przeprowadzenie kontroli jakości dla czasu trombinowego, a tym samym oferta Siemens Sp. z o.o. spełnia wymóg zapewnienia materiału kontrolnego na 2 poziomach wymaganych przez SIWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie z dnia 17 kwietnia 2014 roku Siemens Sp. z o.o. dołączył dokument — Kartę charakterystyki, podpisaną przez pełnomocnika, bez poświadczenia za zgodność z oryginałem. Karta charakterystyki złożona przy piśmie z dnia 17 kwietnia 2014 r. z uwagi na podpisanie przez pełnomocnika bez wskazania, jakiej czynności podpis dotyczy - została złożona w nieprawidłowej formie. Nie została uwierzytelniona. Brak na złożonym dokumencie zapisu „za zgodność z oryginałem”, czy też „zgodne z oryginałem” lub zapisu o podobnej treści, uniemożliwia w sposób jednoznaczny stwierdzenie, czy złożone przez Siemens Sp. z o.o. dokument odzwierciedla stan faktyczny w nich stwierdzony.

Karta charakterystyki złożona w tej formie nie może zostać uznana za dokument potwierdzający spełnianie przez produkt zaofertowany przez Siemens Sp. z o.o. wymaganych przez Zamawiającego materiałów kontrolnych do kontroli na dwóch poziomach czasu trombinowego. W konsekwencji na podstawie tego dokumentu, Zamawiający nie może przyjąć, że Siemens Sp. z o.o. wykazał, że oferowany przedmiot zamówienia Control Plasma P o nr katalogowym OUPZ17 umożliwia przeprowadzenie kontroli jakości dla czasu trombinowego, a tym samym, że oferta Siemens Sp. z o.o. spełnia wymóg zapewnienia

materiału kontrolnego na 2 poziomach wymaganych przez SIWZ i jest zgodna z treścią SIWZ.

Siemens Sp. o.o. wszystkie złożone w ofercie karty charakterystyki i inne dokumenty przedstawił w wymaganej formie. Nie złożył natomiast w tej formie dokumentu z Karty charakterystyki, przedstawionego w trybie uzupełnienia oferty przy piśmie z dnia 17 kwietnia 2014 roku.

Zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązek Wykonawcy do składania dokumentów w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Obowiązek ten wynika z § 7 ust. 1 Rozporządzenia. Wybór formy dokumentu należy do Wykonawcy. Jeżeli załączony skopiowany dokument ma treść identyczną z oryginalnym, a ponadto potwierdzony jest za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, to należy go uznać za kopię w rozumieniu §7 ust. 1 Rozporządzenia. Uwierzytelnienie dokumentu winno polegać na zamieszczeniu na kopii dokumentu zapisu „za zgodność z oryginałem” i to stwierdzenie winno być podpisane przez właściwą osobą zgodnie z zasadami reprezentacji. Istotnym jest, że poświadczenie odpisu dokumentu „za zgodność”, stanowi oświadczenie wiedzy poświadczającego, tym samym przyjmuje on na siebie odpowiedzialność za kompletność dokumentu i dokładne odtworzenie treści oryginału. Należy podkreślić, że Zamawiający nie może domniemywać, że podpisy złożone na wskazywanych dokumentach miały na celu potwierdzenie zgodności tej kopii z oryginałem, bowiem formuła potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem posiada walor oświadczenia o określonej doniosłości prawnej i nie może być wywodzona w drodze domniemania. W ocenie Izby nie można przyjąć i uznać za prawidłowe twierdzenia, że skoro pełnomocnik był umocowany do poświadczania dokumentów za zgodność, to złożenie przez niego podpisu nadawało tej czynności charakter potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Kserokopię dokumentu można uznać za uwierzytelnioną jedynie wówczas gdy zawiera ona łącznie dwa niezbędne elementy, to jest adnotację „poświadczam zgodność oryginałem” oraz podpis osoby upoważnionej. Nieprawidłowo uwierzytelnione kserokopie dokumentów nie mogły stanowić podstawy do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia postępowania, co jest w ocenie Izby, równoznaczne z nie złożeniem wymaganych dokumentów. (Wyrok KIO z dnia 6 maja 2011 roku, sygn. akt: KIO 869/11).

Odwołujący podnosi, że brak jest już możliwości ponownego zastosowania w niniejszej sprawie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 PZP. W związku z powyższym, oferta Siemens Sp. z o.o. jest niezgodna z ustawą i jako taka powinna zostać odrzucona.

W związku z nie złożeniem dokumentu w prawidłowej formie, treść oferty Siemens Sp. z o.o. jest także niezgodna z treścią SIWZ.

W toku rozprawy uczestnicy podtrzymali stanowiska.

Odwołujący na poparcie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stwierdził, że zaoferowany odczynnik ACTIN FSL nie jest bogaty w fosfolipidy. Złożył publikacje Siemens oraz 3 publikacje naukowe z zaznaczeniami fragmentów tekstu dot. fosfolipidów. Wskazał, że w piśmie z 04.063.2014 r. przystępujący wskazał na optymalną ilość fosfolipidów, a takie określenie nie jest tożsame ze stwierdzeniem bogaty w fosfolipidy. Podkreślił, że zaoferowany odczynnik charakteryzuje się niską zawartością fosfolipidów. Wskazał na różnicę odczynników FS i FSL w zakresie fosfolipidów. Podtrzymał zarzut co do wymaganej formy składanych dokumentów stwierdzając, że nie można domniemywać poświadczenia zgodności z oryginałem.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że kwestionowane dokumenty co do ich formy dotyczą dokumentów i informacji powszechnie dostępnych. Zauważył, że podobny charakter mają złożone na rozprawie dokumenty przez z odwołującego. Odnośnie pierwszego zarzutu stwierdził, iż z diagnostycznego punktu widzenia istotne jest przeprowadzenie właściwej oceny zaburzeń układu krzepnięcia. Przedmiotowe badania prowadzi się z użyciem odczynników APTT podstawowego, a w zależności od wyniku, w kolejności przy użyciu odczynnika bogatego w fosfolipidy. Zauważył, że w literaturze nie określa się liczbowej zawartości fosfolipidów, natomiast używane są określenia bogaty lub ubogi. Zaoferowane przez przystępującego odczynniki pozwalają na przeprowadzenie właściwej diagnostyki we właściwym zakresie.

Przystępujący zauważył, że za dokument oryginalny należy uznawać taki dokument, który został podpisany. Ulotka produktowa z natury rzeczy nie jest dokumentem w powyższym znaczeniu. W rzeczywistości żadna ulotka nie jest oryginałem niezależnie od praktyki jaka jest stosowana także w postępowaniach o zamówienie publiczne. De facto jest to dokument opisujący cechy produktu, zawiera oficjalne informacje natomiast nie dotyczą go postanowienia rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów.

Odnośnie pierwszego zarzutu stwierdził, że zaoferowany odczynnik spełnia warunki SIWZ, a tym samym wymogi zamawiającego. W ocenie przystępującego przedstawione przez odwołującego informacje są cząstkowe i wyjęte z kontekstu. Zauważył, że z dostępnych produktów zaoferował 2 odczynniki po dokonaniu oceny, iż spełniają one cel zamówienia mając na uwadze optymalny efekt diagnostyczny na tle wymogów specyfikacji. Zauważył przy tym, że istotnie są odczynniki bogatsze w fosfolipidy, jednakże w jego ocenie zaoferowany jest zgodny z SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie oraz do protokołu, treści siwz i treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza wraz z wyjaśnieniami udzielonymi za wezwanie zamawiającego zważyła, co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp opartego na tezie, że zaoferowany przez przystępującego odczynnik ACTIN FSL nie jest bogaty w fosfolipidy skład orzekający uznaje za uzasadnione stanowisko zamawiającego, że jakkolwiek na rynku wyrobów medycznych występują odczynniki bogatsze w fosfolipidy od zaoferowanego istotne jest ustalenie, czy ten kwestionowany spełnia funkcjonalność niezbędną zamawiającemu w procesie diagnostyki, oceny zaburzeń układu krzepnięcia. Przedmiotowe badania prowadzi się z użyciem odczynników APTT podstawowego, a w zależności od wyniku, w kolejności przy użyciu odczynnika bogatego w fosfolipidy. Jak wynika z przedstawionych dowodów w literaturze rzeczywiście nie określa się liczbowej zawartości fosfolipidów, nie są one precyzyjnie mierzone, natomiast rzeczywiście używane są określenia bogaty, niski, ubogi. Są to zatem pojęcia względne. W takim stanie rzeczy, gdy przystępujący potwierdził poziom fosfolipidów jako optymalny (kolejne określenie), a zamawiający jako profesjonalista potwierdził spełnienie postawionego wymogu: „bogaty”, które również jest względne, zasadne jest uznanie, że zaoferowane przez przystępującego odczynniki pozwalają na przeprowadzenie właściwej diagnostyki we właściwym zakresie, a tym samym spełniając wymagana funkcjonalność są zgodne z wymogami siwz.

Odnosnie zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 25 ust. 2 PZP oraz § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, skład orzekający stwierdza, że dokumenty dotyczące okoliczności wskazanych ww przepisach składane są w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Jest powszechną i uzasadnioną praktyką, że dokument złożony w kopii opatruje się podpisem lub parafą z formułką „za zgodność”, „zgodne z oryginałem” lub podobną. W sprawie rozpatrywanej kwestionowany jest dokument, w którym takich sformułowań nie użyto, natomiast został on opatrzony podpisem pełnomocnika – okoliczność niesporna. Skoro zatem dokument w kopii został złożony jako element oferty, zawiera określone informacje, a reprezentant wykonawcy go podpisał, to racjonalnie wnioskując, znaczy to, że w istocie uwierzył w dokument i informacje w nim zawarte. Stąd też brak podanych tytułem przykładu używanych sformułowań nie może być powodem dyskwalifikacji dokumentu.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów wydane na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest oświadczeniem woli wiążącym

stosownie do art. 65 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PZP. Powołany przepis art. 186 ust. 2 ma charakter proceduralny i jedynym jego skutkiem w toku postępowania jest ewentualność zastosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5. Natomiast, jeżeli zamawiający wykonuje kolejne czynności niezgodnie z żądaniami odwołującego, naraża się na odwołanie od tych czynności. Należy wreszcie zauważyć, że powyższe rozważania mają na tle niniejszej sprawy walor teoretyczny, jako że czynność cofnięcia poprzedniego odwołania, jak to zauważył odwołujący, niweczy skutki tego odwołania, w tym oświadczenie o uwzględnieniu i sprzeciw przystępującego (vide sygn. akt KIO 885/14).

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp w toku prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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: