

Sygn. akt: KIO 2150/16

POSTANOWIENIE
z dnia 22 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2016 r. przez wykonawcę: **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem, ul. B. Kryświczka 7/8, 61-825 Poznań,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający: Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Doposażenie Szpitala w sprzęt i aparaturę medyczną”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 169-303537 z dnia 2 września 2016 r.

Wykonawca Medtronic Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w zakresie zamówienia częściowego numer 2 wobec:

- 1) czynności badania i oceny ofert,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Promed S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 3) zaniechania wykluczenia Promed S.A.,
- 4) wyboru oferty Promed S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Promed S.A. i dokonanie wyboru jej jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie spełniała warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących następujących parametrów technicznych i użytkowych:

- a) poz. 9 - „Pojemność akumulatora minimum 5-7 godzin przy użyciu nowego, w pełni naładowanego akumulatora, bez alarmów z możliwością wymiany na akumulator 10-godzinny”;
- b) poz. 12 - „Menu w języku polskim”;
- c) poz. 41 - „96 godzinna pamięć rejestrowana co 4 s. wszystkich monitorowanych parametrów pod postacią tabelaryczną i graficzną”;
- d) poz. 44 - „Złącze USB”,

a tym samym zachodzi sprzeczność między treścią tej oferty a warunkami SIWZ, która obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty,

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Promed S.A. pomimo przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających go w błąd, które miały istotny wpływ na decyzję o nieodrzuconiu oferty Promed S.A. i wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej, polegające na przedłożeniu Zamawiającemu ulotki, której treść niezgodnie z prawdą poświadcza spełnianie przez oferowany pulsoksymetr parametru z poz. 41 - „96 godzinna pamięć rejestrowana co 4 s. wszystkich monitorowanych parametrów pod postacią tabelaryczną i graficzną”, podczas gdy oferowany pulsoksymetr dysponuje

wyłącznie 72-godzinną pamięcią, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie uznania oferty za odrzuconą;

3) art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Promed S.A. niespełniającej wymagań SIWZ oraz w związku z zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z powodu przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zamówienia częściowego numer 2 oraz wykonania czynności:

- 1) ponownego badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty Promed S.A. względnie wykluczenia Promed S.A. z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
- 3) wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, jako kolejnego wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp,
- 4) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W ramach zamówienia częściowego numer 2 zostały złożone trzy oferty: oferta Odwołującego, oferta Promed S.A. oraz oferta Aero-Medika sp. z o.o.

W wyniku badania ofert Zamawiający odrzucił ofertę Aero-Medika sp. z o.o. Po dokonaniu oceny ofert, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Promed S.A. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W dniu 31 października 2016 r. Promed S.A. przedstawił Zamawiającemu dokumenty, w tym przedłożył ulotkę dotyczącą zaoferowanych pulsoksymetrów Masimo Rad-8. Na tej podstawie Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Promed S.A. O wynikach postępowania Zamawiający powiadomił wykonawców pismem z dnia 2 listopada 2016 r.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający sformułował w SIWZ wymagania techniczne dotyczące oferowanych przez wykonawców pulsoksymetrów. W załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający wskazał m.in. następujące wymagane parametry techniczne i użytkowe pulsoksymetrów (treść po modyfikacji SIWZ z dnia 26 września 2016 r.):

- 1) poz. 9 - „Pojemność akumulatora minimum 5-7 godzin przy użyciu nowego, w pełni naładowanego akumulatora, bez alarmów z możliwością wymiany na akumulator 10-godzinny”;
- 2) poz. 12 - „Menu w języku polskim”;
- 3) poz. 41 - „96 godzinna pamięć rejestrowana co 4 s. wszystkich monitorowanych

parametrów pod postacią tabelaryczną i graficzną”;

4) poz. 44 - „Złącze USB”.

W ocenie Odwołującego, zaoferowane przez Promed S.A. pulsoksymetry Masimo Rad-8 nie spełniają powyższych wymogów granicznych i z tego względu oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona. Ponadto, Promed S.A. wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając ulotkę potwierdzającą niezgodnie z rzeczywistością spełnienie jednego z kwestionowanych kryteriów, co powinno skutkować wykluczeniem ww. wykonawcy z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający w poz. 9 załącznika nr 3 do SIWZ sformułował dwa wymagania dotyczące pojemności akumulatora. Pierwszym z nich jest pojemność akumulatora mieszcząca się w granicach 5-7 godzin (według treści SIWZ po modyfikacji), drugim jest możliwość wymiany na akumulator 10-godzinny. Oferowany przez Promed S.A. pulsoksymetr nie spełnia drugiego ze sformułowanych wymogów.

W ofercie złożonej przez Promed S.A. wykonawca nie potwierdził spełniania drugiego wymagania dotyczącego wymiany akumulatora. W poz. 9 Promed S.A. oświadczył „TAK/zgodnie z odpowiedziami z dnia 26.09.2016/ Pojemność akumulatora minimum 7 godzin przy użyciu nowego, w pełni naładowanego akumulatora”. Jest to oświadczenie wprost sprzeczne z treścią SIWZ, niepotwierdzające spełniania pełnego wymagania określonego w poz. 9. W szczególności oświadczenie o pracy akumulatora trwającej minimum 7 godzin nie może być uznane za potwierdzenie możliwości pracy akumulatora przez 10 godzin, zgodnie z oczekiwaniem SIWZ. Nie ulega zatem wątpliwości, że sama treść oferty Promed S.A. stanowi wystarczającą podstawę do jej odrzucenia jako nieodpowiadającej opisowi świadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego.

Ponadto, w ulotce przestawionej Zamawiającemu przez Promed S.A. znajduje się wyłącznie potwierdzenie długości pracy akumulatora. Dotyczą tego dwie informacje, które, co należy podkreślić, są ze sobą sprzeczne: „ponad 7 godzin pracy akumulatora po pełnym naładowaniu” (informacja w katalogu „CECHY”), zaś druga informacja „pojemność do 7 godzin” z dopiskiem (przypis 6): „przy nowym, całkowicie naładowanym akumulatorze” (znajdująca się w informacjach „AKUMULATORY”). Sprzeczność ta stawia pod znakiem zapytania wartość dowodową ulotki przedstawionej Zamawiającemu.

Co istotniejsze dla oceny zgodności oferty Promed S.A. z SIWZ, w przedstawionej ulotce brakuje potwierdzenia możliwości wymiany na akumulator 10-godzinny, co stanowiło drugi bezwzględny wymóg określony przez Zamawiającego w poz. 9.

Nie ulega zatem wątpliwości, że jeden z wymaganych przez Zamawiającego parametrów został pominięty przy badaniu przez Zamawiającego oferty Promed S.A., co

doprowadziło do nieuzasadnionego i niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty Promed S.A..

Naruszenie przez Zamawiającego w powyższym zakresie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nosi charakter celowego i zamierzonego, bowiem w odniesieniu do oferty Promed S.A., po zapoznaniu się z treścią oferty, Odwołujący wyraźnie wskazał Zamawiającemu, że oferowany pulsoksymetr nie spełnia wymagania dotyczącego możliwości wymiany akumulatora na 10-godzinny. Zamawiający całkowicie zignorował tę sygnalizację i bezpodstawnie uznał, że oferta Promed S.A. jest zgodna z SIWZ.

Zamawiający oczekiwał także, iż pulsoksymetr będzie wyposażony w menu w języku polskim (poz. 12 załącznika nr 3 do SIWZ). W tym zakresie w treści oferty Promed S.A. podał „TAK/skróty piktogramy język polski”.

W ocenie Odwołującego, treść oferty w tym zakresie potwierdza, że został zaoferowany produkt niespełniający wymagań SIWZ. Z oświadczenia Promed zawartego w ofercie wynika bowiem, że pulsoksymetr wyposażony jest w polskie menu w zakresie skrótów i piktogramów. Pomijając fakt, że określanie języka dla piktogramów jest pozbawione sensu, skoro piktogram to sposób przedstawienia pojęcia za pomocą obrazka w oderwaniu od zapisu, należy stwierdzić, że wyposażenie pulsoksymetru w same skróty menu w języku polskim nie jest zgodne z SIWZ. Zamawiający wyraźnie w SIWZ nie dopuścił ograniczonego menu w języku polskim.

Ponadto, ulotka przedłożona Zamawiającemu przez Promed nie potwierdza spełnienia przez oferowany produkt wymaganego parametru, wręcz wynika z niej, że pulsoksymetr Masimo Rad-8 wyposażony jest w menu w języku polskim wyłącznie w zakresie skrótów.

W odniesieniu do powyższego zarzutu również należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób umyślny dopuścił do wyboru oferty niespełniającej wymagań SIWZ. Odwołujący zwracał Zamawiającemu uwagę na niezgodność oferty Promed S.A. w zakresie braku menu w języku polskim, co zostało przez Zamawiającego także zignorowane.

Wobec wymagania SIWZ dotyczącego 96-godzinnej pamięci pulsoksymetru Odwołujący stawia dwa zarzuty, iż oferowany przez Promed S.A. pulsoksymetr Masimo Rad-8 nie posiada pamięci 96-godzinnej, a jedynie 72-godzinnej. Parametr ten potwierdza pochodząca od producenta oryginalna ulotka informacyjna produktu, z której bezspornie wynika, że wyrób Masimo Rad-8 dysponuje 72-godzinnej pamięcią. Ulotka ta została załączona do pisma skierowanego do Zamawiającego przez Medtronic w dniu 19 października 2016 r., zatem Zamawiający dysponował dokumentem wskazującym na istotną niezgodność oferowanego przez Promed S.A. wyrobu długo przed tym jak podjął decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednakże nie uwzględnił go przy dokonywaniu badania

i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut zaniechania wykluczenia Promed S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i w konsekwencji zaniechania uznania ww. oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Aktualnie obowiązujący stan prawny przewiduje, że wykonawca podlega wykluczeniu w przypadku, w którym z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Nie powinno ulegać wątpliwości, że w zakresie tego przepisu mieszczą się również działania podjęte przez wykonawcę celowo, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W niniejszym postępowaniu wprowadzenie Zamawiającego w błąd przejawia się w przedłożeniu przez Promed S.A. ulotki dotyczącej oferowanego wyrobu Masimo Rad- 8, która w sposób niezgodny z rzeczywistością potwierdza spełnianie jednego z kryteriów wyartykułowanych w SIWZ. Stosownie do treści ulotki przedstawionej przez Promed S.A., pulsoksymetr dysponuje 96-godzinną pamięcią, podczas gdy oficjalna ulotka pochodząca od producenta potwierdza wyposażenie pulsoksymetru w pamięć wyłącznie 72-godzinną. Przemawia to za uznaniem, że na potrzeby niniejszego postępowania Promed S.A. wykonał tłumaczenie oficjalnej ulotki producenta na język polski, aby spełnić wymagania Pzp w tym względzie, jednocześnie jednak przeinaczając niektóre informacje. Świadczy o tym nie tylko sprzeczność między ulotką przedłożoną przez Promed S.A. a ulotką, którą dysponuje Odwołujący, ale także wskazana powyżej sprzeczność pomiędzy dwiema informacjami zawartymi w ulotce przedłożonej przez Promed S.A., odnoszącymi się do pojemności akumulatora. Dokonując tłumaczenia na język polski tego dokumentu Promed S.A. nie tylko nie dochował należytej staranności, ale wydaje się, że wręcz celowo wprowadził do niej informacje nieznanujące potwierdzenia w oryginalnej jej wersji, tak aby informacje te potwierdzały wymagania SIWZ dotyczące pamięci pulsoksymetru.

Informację o wyposażeniu pulsoksymetru w 96-godzinną pamięć, niezależnie od tego czy pojawiła się ona w ulotce celowo czy wskutek niedochowania należytej staranności, należy uznać za informację wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Bez wątplenia powyższa informacja miała bezpośredni wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w niniejszym postępowaniu. Gdyby Promed S.A. przedstawił dokument zgodny z treścią oryginalnej ulotki dotyczącej pulsoksymetru, to Zamawiający nie miałby innego wyjścia jak odrzucić ofertę w związku z jej niezgodnością z treścią SIWZ.

W poz. 41 załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby wszystkie monitorowane parametry rejestrowane były pod postacią tabelaryczną i graficzną. Zdaniem

Odwołującego wymóg zapisu w obu tych postaciach nie został spełniony. Przedstawiona przez Promed S.A. w dniu 31 października 2016 r. ulotka dotycząca pulsoksymetru Masimo Rad-8 nie potwierdza spełniania powyższego parametru. Stanowi to istotny brak przesądający o niezgodności oferty z SIWZ. Ponadto, jak wynika z wyciągu z instrukcji obsługi pulsoksymetru, przedłożonej przez Odwołującego Zamawiającemu w dniu 19 października 2016 r., pulsoksymetr dysponuje wyłącznie funkcjonalnością przedstawiania danych w postaci tabelarycznej, brak zaś przedstawiania ich w formie graficznej. Należy zatem podkreślić, że Zamawiający dysponował wiedzą o niezgodności oferty Promed S.A. z wymaganiami SIWZ i pomimo tego podjął świadomą decyzję o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej.

Ostatnim kwestionowanym przez Odwołującego parametrem technicznym pulsoksymetru Masimo Rad-8 jest wyposażenie go w złącze USB (poz. 44 załącznika nr 3 do SIWZ). Dokument przedstawiony przez Promed S.A. w dniu 31 października 2016 r. nie potwierdza spełniania tego parametru.

Brak dysponowania złączem USB potwierdza natomiast przedłożony Zamawiającemu przez Odwołującego w dniu 19 października 2016 r. wyciąg z instrukcji obsługi. Pulsoksymetr wyposażony jest jedynie w złącze typu RS232, będące podobnie jak USB złączem typu szeregowego, jednakże zupełnie innym niż złącze USB. Zamawiający ponownie zignorował ten fakt i z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dokonał wyboru oferty Promed S.A. jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Naruszenie to jest konsekwencją nieprawidłowego badania oferty Promed S.A., zignorowania przez Zamawiającego dowodów przedstawionych przez Odwołującego potwierdzających niezgodność oferty Promed S.A. z SIWZ i przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, zaniechania odrzucenia oferty pomimo niezgodności z SIWZ i zaniechania wykluczenia Promed S.A. w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd.

Zamawiający w dniu 14 listopada 2016 r. pocztą i drogą elektroniczną przekazał wykonawcom kopię wniesionego odwołania.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, żaden wykonawca biorący udział w postępowaniu nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 18 listopada 2016 r. przesłanym (faksem) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu oraz w związku z powyższym przystąpi do ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....