

WYROK

z dnia 11 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez **Odwołującego - Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny, ul. Bialska 104/118, 42-200 Częstochowa**, przy udziale **Wykonawcy - Andrzeja Biedroń prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „ALLMED” Andrzej Biedroń, ul. Pawła z Krosna 7, 30-389 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert w ramach części 7;
2. kosztami postępowania obciąża **Przystępującego - Andrzeja Biedroń prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „ALLMED” Andrzej Biedroń, ul. Pawła z Krosna 7, 30-389 Kraków**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przystępującego – Andrzeja Biedroń prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „ALLMED” Andrzej Biedroń, ul. Pawła z Krosna 7, 30-389 Kraków**, na rzecz

Odwołującego - Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa,
kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)
stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od
odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny w Częstochowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatorów i dzierżawą systemu integrującego, wszystkich analizatorów parametrów krytycznych, odczynniki i testy do badań diagnostycznych, materiały kontrolne do analizatora biochemicznego Cobas Integra 800, testy paskowe, kontrole moczu i części zużywalne do czytnika testów paskowych – LabUreader, sprzęt jednorazowego użytku do pobierania krwi, drobny sprzęt laboratoryjny oraz wirówki laboratoryjne.

Pismem z dnia 16 czerwca 2011 r. Zamawiający poinformował, iż w ramach części 7, która obejmowała swoim zakresem dostawę odczynników wraz z dzierżawą analizatora do automatycznej oceny osadu moczu dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej na okres 24 miesięcy, jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy Andrzej Biedronia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo-Handlowo-Produkcyjno-Usługowe ALLMED Andrzej Biedroń z siedzibą w Krakowie [dalej także "ALLMED"].

Wobec takiej czynności zamawiającego, odwołanie w dniu 27 czerwca 2011 r. złożył wykonawca Comesa Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 3) i ust. 4 ustawy p.z.p. w związku z zaniechaniem wykluczenia Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjno-Usługowego ALLMED Andrzej Biedroń oraz zaniechaniem uznania oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjno-Usługowego ALLMED Andrzej Biedroń za odrzuconą;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy poprzez uznanie za potwierdzające spełnianie przez oferowany asortyment wymagań Zamawiającego dokumentów (Deklaracja zgodności z dyrektywą 98/79/EC) wystawionych w terminie późniejszym niż termin składania ofert;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieodrzuconie oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjno-Usługowego ALLMED Andrzej Biedroń, jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 5) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 3 ustawy poprzez udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwu Handlowo-Produkcyjno-Usługowemu ALLMED Andrzej

Biedroń wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy oraz zaniechanie wyboru oferty Comesa Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykluczenia Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjno-Usługowego ALLMED Andrzej Biedroń z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz uznania oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjno-Usługowego ALLMED Andrzej Biedroń w związku z tym za odrzuconą;
- 2) ewentualnie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjno-Usługowego ALLMED Andrzej Biedroń jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 3) dokonania wyboru oferty Comesa Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Comesa Polska Sp. z o.o. kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż wykonawca ALLMED nie dołączył do oferty w zakresie części 7 postępowania dokumentów potwierdzających dopuszczenie do obrotu i używania w placówkach ochrony zdrowia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zaoferowanego analizatora tj. deklaracji zgodności, zgodnie z dyrektywą 98/79/EC. Jednocześnie odwołujący podnosił, iż wykonawca ALLMED w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył deklarację zgodności z dyrektywą 98/79/EC wystawioną w dniu 3 czerwca 2011 r. tj. w terminie późniejszym niż termin składania ofert. W konsekwencji odwołujący stwierdził, iż wykonawca ALLMED złożył nieprawdziwe informacje, gdyż w dacie składania ofert oraz sporządzania oświadczenia oferowany aparat URISED nie posiadał deklaracji zgodności i w konsekwencji nie był też dopuszczony do obrotu i używania w placówkach ochrony zdrowia. Dodatkowo odwołujący wskazywał, iż oferowany aparat URISED nie spełniał wymagań zamawiającego w dacie składania oferty gdyż brak było dokumentów potwierdzających dopuszczenie do obrotu i używania w placówkach ochrony zdrowia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej co stanowi o niezgodności oferty wykonawcy ALLMED z treścią siwz.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny w Częstochowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatorów i dzierżawą systemu integrującego, wszystkich analizatorów

parametrów krytycznych, odczynniki i testy do badań diagnostycznych, materiały kontrolne do analizatora biochemicznego Cobas Integra 800, testy paskowe, kontrole moczu i części zużywalne do czytnika testów paskowych – LabUreader, sprzęt jednorazowego użytku do pobierania krwi, drobny sprzęt laboratoryjny oraz wirówki laboratoryjne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 72-117771 w dniu 13 kwietnia 2011 r.

Zgodnie z pkt IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia [także "siwz"] zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych według załącznika nr 1 do siwz, części od 1 do 21. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz przedmiotem części 7 była dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do automatycznej oceny osadu moczu dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej na okres 24 miesięcy. W pkt X.10.3) siwz zamawiający określił, iż w celu potwierdzenia, że oferowany asortyment odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego w siwz zamawiający wymaga dołączenia do oferty "(...) wszelkie wymagane przez polskie prawo dokumenty, na podstawie których, oferowany asortyment jest dopuszczony do obrotu i używania w placówkach ochrony zdrowia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. oraz innymi obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie /np. Deklarację zgodności, Certyfikat CE/ dotyczy analizatorów i wirówek laboratoryjnych określonych w załączniku nr 1 do SIWZ części Nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 20". Ponadto zgodnie z pkt X.10.5) siwz zamawiający żądał m.in. oświadczenia wykonawcy, że oferowany asortyment jest dopuszczony do obrotu i używania w tym w placówkach ochrony zdrowia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r., oraz innymi obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie.

Izba ustaliła również, iż do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 24 maja 2011 r., na część 7 swoje oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe ALLMED Andrzej Biedroń z siedzibą w Krakowie na kwotę 141.796,20 zł brutto;
- 2) Comesa Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 182.991,60 zł brutto;
- 3) SYSMEX Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 238.464,00 zł brutto.

Jednocześnie Izba ustalił, iż wykonawca ALLMED w ramach części 7 zaoferował analizator do automatycznej oceny osadu moczu firmy 77 elektronika Kft., model URISED. W treści oferty zawarte zostały m.in.: Świadectwo zgodności EU EMC oferowanego analizatora z Dyrektywą 89/336/EWG, Deklaracja zgodności dla kuwety do analizatora osadu w moczu z Dyrektywą 98/79/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącą urządzeń medycznych do diagnostyki In vitro.

Pismem z dnia 25 maja 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę ALLMED do uzupełnienia oferty poprzez złożenie oświadczenia wymaganego w pkt X.10.5) siwz. Oświadczenie to datowane na dzień 26 maja 2011 r., zostało uzupełnione w dniu 27 maja 2011 r. W dalszej kolejności pismem z dnia 2 czerwca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę ALLMED do uzupełnienia oferty m.in. o dokumenty wymagane postanowieniem pkt X.10.3) siwz dla zaoferowanego automatycznego analizatora osadu moczu URISED. W odpowiedzi na wezwanie zamawiający przedłożył Deklarację zgodności oferowanego analizatora osadu moczu z Dyrektywą 98/79/EC wystawioną w dniu 3 czerwca 2011 r.

Pismem z dnia 16 czerwca 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż w ramach części 7, która obejmowała swoim zakresem odczynniki wraz z dzierżawą analizatora do automatycznej oceny osadu moczu dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej na okres 24 miesięcy, jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy ALLMED.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła ponadto, iż pismem z dnia 1 lipca 2011 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu sprzeciw złożył wykonawca ALLMED, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty wykonawcy ALLMED, złożone w wyniku uzupełnienia dokumenty jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron 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 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego uznając, iż sprzeciwiający się wykonawca ALLMED nie złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia żadnych nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Izby

złożenie przez wykonawcę ALLMED oświadczenia z dnia 26 maja 2011 r. że oferowany przez niego analizator jest dopuszczony do obrotu i używania w tym w placówkach ochrony zdrowia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych nie jest oświadczeniem nieprawdziwym. Nie przesądza tego również złożenie przez wykonawcę ALLMED Deklaracji zgodności dla oferowanego analizatora z datą 3 czerwca 2011 r. gdyż nie sposób uznać, iż złożone oświadczenia czy też inne dokumenty zawierają informacje niezgodne ze stanem faktycznym czy też odbiegające od rzeczywistości. Izba wskazuje, że podlegałyby wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który umyślnie przekazywałby w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. O takiej umyślności nie sposób mówić w stosunku do działania wykonawcy ALLMED.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Należy zauważyć, iż zgodnie z treścią zdania drugiego przytoczonego wyżej przepisu złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Wbrew twierdzeniom sprzeciwiającego się wykonawcy ALLMED ustawodawca określił termin graniczny na jaki należy wykazać spełnianie w tym przypadku przez oferowane wyroby wymagań określonych przez zamawiającego. Bezspornie nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu nie później niż 24 maja 2011 r.. Dlatego też złożenie przez wykonawcę ALLMED Deklaracji zgodności dla analizatora URISED z datą 3 czerwca 2011 r. nie mogło być uznane za prawidłowe i potwierdzające spełnianie warunków postawionych przez zamawiającego w pkt X.10 siwz.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Izba również podzieliła stanowisko odwołującego uznając ten zarzut za zasadny. Należy wskazać, iż bezspornie analizator osadu moczu jest wyrobem medycznym do diagnostyki in vitro. Na podstawie art. 26 pkt 3 ustawy o wyrobach medycznych wyrób ten powinien być zgodny z wymaganiami zasadniczymi, o których mowa w art. 23 ust. 1 tej ustawy w zakresie, w jakim stwierdzono ich zgodność z odpowiednimi krajowymi normami przyjętymi na podstawie norm ogłoszonych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, seria C, jako normy zharmonizowane z dyrektywą 98/79/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 1998 r. w sprawie wyrobów medycznych używanych do diagnozy in vitro. Jednocześnie należy zauważyć, iż zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, wyroby te muszą spełniać odnoszące się do nich wymagania zasadnicze. Ponadto zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 11 w/w ustawy deklaracja zgodności to – oświadczenie

wytwórcy lub jego autoryzowanego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z wymaganiami zasadniczymi. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych wyrób oznakowuje się znakiem CE po przeprowadzeniu odpowiednich dla wyrobu procedur oceny zgodności potwierdzających, że wyrób spełnia odnoszące się do niego wymagania zasadnicze. Już tylko te przepisy potwierdzają, że dla wyrobu medycznego, jakim jest analizator osadu moczu powinna być wystawiona Deklaracja zgodności z Dyrektywą 98/79/WE. W ocenie Izby nie znajdują uzasadnienia twierdzenia sprzeciwiającego się, zgłaszane na rozprawie, iż wystarczające jest oznakowanie wyrobu znakiem CE i żądanie przez zamawiającego Deklaracji zgodności jest nieuprawnione. Twierdzenia te pozostają w sprzeczności ze stanowiskiem sprzeciwiającego się wyrażonym wcześniej w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w którym stwierdzał, że „(...)Gdyby oferowany asortyment nie posiadał wymaganych prawem dokumentów, czyli w przypadku wyrobów medycznych do Diagnostyki in vitro nie ujętych w wykazie A i B jest to Deklaracja zgodności, a także zgłoszenie do rejestru wyrobów medycznych dokonane przed 20.03.2011 r., Wykonawca nie mógłby przystąpić do postępowania przetargowego w zakresie części nr 7”. Potwierdza to, iż sprzeciwiający się pierwotnie nie miał najmniejszych wątpliwości, że taką deklarację zgodności należało wraz z ofertą złożyć.

Powyższe pozwala jednoznacznie stwierdzić, że wykonawcy zobowiązani byli do złożenia Deklaracji zgodności z Dyrektywą 98/79/WE wystawionej na oferowane urządzenie. Złożenie przez sprzeciwiającego się w wyniku uzupełnienia Deklaracji zgodności dla oferowanego analizatora wystawionej w dniu 3 czerwca 2011 r. a więc po upływie terminu składania ofert nie można uznać za prawidłowe i potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W konsekwencji oferta sprzeciwiającego się wykonawcy ALLMED winna być odrzucona z uwagi na niezgodność z treścią siwz.

Mając na względzie powyższe za zasadne należało uznać również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. a także art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., w związku z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit b ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: