

Sygn. akt: KIO/305/11

WYROK

z dnia 1 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2011 r. przez **Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale Wykonawcy: **BARD Poland Sp. z o.o., ul. Cybernetyki 7B, 02-677 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków i:**
 - 2.1 **do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa,**
 - 2.2 **zasądza od Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków na rzecz Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obejmującą uiszczony wpis.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Dostawa materiałów do biopsji gruboigłowych wspomaganych pompą próżniową wraz z dzierżawą urządzenia do wykonywania biopsji*” zostało wszczęte przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie, zwany dalej Zamawiającym. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 207-316153) w dniu 23 października 2010 r.

W dniu 4 lutego 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 14 lutego 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., zwaną dalej Odwołującym.

W dniu 17 lutego 2011 r. Wykonawca: BARD Poland Sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowaną w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania.

Stanowisko Odwołującego – Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności oceny oferty złożonej przez Odwołującego. Zarzucono w nim Zamawiającemu nieprzyznanie odpowiedniej ilości punktów w kryterium „*Parametry techniczne i eksploatacyjne*”. W ocenie Odwołującego działanie takie stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający pierwotnie przyznał złożonej przez niego ofercie w powołanym wyżej kryterium, po uwzględnieniu wagi tegoż kryterium, 22,5 pkt. Dopiero w wyniku powtórzenia oceny ofert dokonanej w wyniku wniesienia przez innego Wykonawcę zastrzeżeń co do prawidłowości skonstruowania oferty przez Odwołującego, Zamawiający uznał, iż ta pierwotna ocena została przeprowadzona w sposób błędny. W wyniku powtórzenia procesu oceny ofert, przypisał on ofercie Odwołującego w powołanym kryterium tylko 7,5 pkt.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie uznał za wystarczające złożonych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnień odnoszących się do oświadczenia zawartego w złożonej przez niego ofercie. Podkreślał, iż zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający powinien dokonać oceny ofert w zakresie spornego kryterium na podstawie oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 1b do SIWZ. Oświadczenie takie zostało przez Odwołującego złożone wraz z ofertą. Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie jednak przyznał ofercie Odwołującego mniejszą liczbę punktów, aniżeli wynikałoby to z zastosowania zasad oceny oferty określonych w SIWZ oraz literalnej wykładni treści oświadczenia Odwołującego.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, uzasadniało wniesione przez niego odwołanie.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie mu przyznania ofercie Odwołującego punktów w podkryterium 1 i 2 w kryterium „*Parametry techniczne i eksploatacyjne*”.

Stanowisko Zamawiającego – Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego twierdził, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie potwierdziły, iż oferowany przez niego system posiada cechy opisane w podkryterium 1 i

2 w kryterium „*Parametry techniczne i eksploatacyjne*”. Twierdził on, iż w interesie Odwołującego było złożenie wraz z wyjaśnieniami odpowiednich dokumentów potwierdzających treść złożonego wraz z ofertą oświadczenia. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący tego nie uczynił, Zamawiający nie przyznał złożonej przez niego ofercie punktów w powołanych podkryteriach 1 i 2 w kryterium „*Parametry techniczne i eksploatacyjne*”. W ocenie Zamawiającego oferowany przez Odwołującego produkt nie posiadał cech powołanych podkryteriach.

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że nigdy nie widział urządzeń wyprodukowanych przez Odwołującego, ponieważ nie prowadził on, tak jak inni Wykonawcy, prezentacji swoich produktów w siedzibie Zamawiającego.

Stanowisko Przystępującego – BARD Poland Sp. z o.o.:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izłą.

Popierał on w całości stanowisko Zamawiającego. Odnosząc się do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, uzupełniając argumentację Zamawiającego, podnosił, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie rozwiewają wątpliwości, co do parametrów, które charakteryzują oferowany przez niego produkt.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dokumenty złożony w toku rozprawy przez Zamawiającego – specyfikację oznaczoną sygn. ZP-LK-271-68/2009, wyciąg z oferty Odwołującego złożonej w tym postępowaniu, tj. uzupełniony załącznik 4a do SIWZ, a także dokument potwierdzający przeprowadzenie przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego.

Izba postanowiła odmówić przeprowadzenia dowodu z oględzin igły, która znajdowała się w posiadaniu Zamawiającego. Skład orzekający Izby uznał, iż wobec faktu, że igła ta nie znajdowała się w opakowaniu oryginalnym, nie była opisana symbolami nadanymi przez jej producenta, dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Istotnym jest to, iż z uwagi na fakt, iż sam Zamawiający oświadczył, iż igła, o której oględziny przed Izbą wnosił, nie była oznaczona symbolami nadanymi przez jej producenta, nie zostało nawet uprawdopodobnione, że produkt ten pochodził od Odwołującego. Prawidłowość takiego stanowiska Izby potwierdził w toku rozprawy przed Izbą sam Zamawiający, który oświadczył, iż nigdy nie widział urządzeń wyprodukowanych przez Odwołującego, ponieważ nie prowadził on, tak jak inni Wykonawcy, prezentacji swoich produktów w siedzibie Zamawiającego. Dlatego też Izba uznała, iż bezcelowym było przeprowadzenie dowodu z oględzin igły znajdującej się w posiadaniu Zamawiającego, szczególnie wobec braku pewności, iż igła ta jest produktem Odwołującego, a ponadto, że została ona objęta jego ofertą. Przeprowadzenie takiego dowodu prowadziłoby jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności tegoż zarzutu, Izba ustaliła, iż Zamawiający określił kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie w pkt 13.1 SIWZ. W tabeli tam zawartej w wersji 2 określone zostało kryterium *Parametry techniczne i eksploatacyjne*. W kolumnie *Sposób oceny* w tym wersji wskazano, że liczba punktów w tym kryterium będzie przyznawana przez biegłego w oparciu o sposób oceny podany w załączniku nr 1b do SIWZ. Znaczenie tegoż kryterium określono na 30%. W powołanym załączniku nr 1b do SIWZ Zamawiający określił cztery podkryteria:

1. Automatyczne pobieranie wycinków od 0 do 360 stopni wokół osi igły z nieruchomą rękojeścią
2. Wymienny koszyczek na bioptaty

3. Możliwość automatycznego dodania znieczulenia wokół osi igły z nieruchomą rękojeścią
4. System zamknięty biopsji (brak kontaktu z preparatem i krwią w trakcie biopsji)

W odniesieniu do każdego z tych podkryteriów Wykonawca zobowiązany był udzielić odpowiedzi *Tak* lub *Nie*, wskazując czy oferowany przez niego produkt charakteryzuje określony w każdym z podkryteriów parametr. W przypadku odpowiedzi *Tak* oferta otrzymywała 5 punktów, zaś w przypadku odpowiedzi *Nie* – 0 punktów. W świetle postanowień SIWZ Wykonawca nie był zobowiązany przedstawić innych dokumentów, niż powołane oświadczenie, w celu wykazania, iż oferowany przez niego sprzęt charakteryzuje żądane przez Zamawiającego parametry.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący załączył do swojej oferty oświadczenie złożone na formularzu zawartym w załączniku nr 1b do SIWZ. W wersach od 1 do 3 oświadczył, że oferowany przez niego produkt charakteryzuje określony w każdym z podkryteriów parametr, zaś w wersie 4 oświadczył, iż produkt ten nie posiada wymaganej przez Zamawiającego cechy.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż rozstrzyganym przypadku to na Zamawiającym spoczywał ciężar dowodu. W świetle zapisów SIWZ, nie wymagał on od Wykonawców innych niż własne oświadczenie Wykonawcy dokumentów potwierdzających, że oferowany przez nich sprzęt charakteryzuje opisane w załączniku nr 1b do SIWZ parametry. Odwołujący takie oświadczenie złożył, tym samym uczynił zadość wymaganiom Zamawiającego. Dlatego też, to Zamawiający był zobowiązany wykazać, że powołane oświadczenie nie odpowiada prawdzie, a tym samym, że oferowany przez Odwołującego sprzęt nie charakteryzuje parametry, które zostały mu przez Odwołującego powołanym oświadczeniem przypisane. Podkreślić należy w tym miejscu, iż to sam Zamawiający określając w SIWZ opis sposobu oceny ofert oraz obowiązki Wykonawców w zakresie poświadczenia cech oferowanego przez nich produktu, nałożył na siebie ciężar udowodnienia, iż oświadczenie Odwołującego nie odpowiada prawdzie. Przepisy ustawy Pzp umożliwiają Zamawiającemu żądanie od Wykonawców dokumentów mających potwierdzać, iż oferowane przez nich dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ. Zamawiający z instrumentów tych nie skorzystał, stąd też musi ponosić konsekwencje swojego działania.

Postawienie przez Zamawiającego tezy o złożeniu nieprawdziwych informacji przez Odwołującego w świetle zapisów SIWZ oraz ustawy Pzp powinno zrodzić po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24

ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zamawiający nie uczynił jednak tego, a jednocześnie przyznał ofercie Odwołującego mniejszą liczbę punktów, aniżeli wynikałoby to z zastosowania zasad oceny oferty określonych w SIWZ oraz literalnej wykładni treści oświadczenia Odwołującego. Świadczy to o oczywistej niekonsekwencji w postępowaniu Zamawiającego.

Izba stoi na stanowisku, iż to na Zamawiającym ciążył ciężar udowodnienia tezy o nieprawdziwości oświadczenia złożonego przez Odwołującego. W ocenie Izby nie wykazał on, iż teza ta jest słuszna.

Nawet jeśliby uznać, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie odpowiadają w pełni na zadane przez Zamawiającego pytania, podkreślić należy, iż same wątpliwości Zamawiającego na tym polu, nie są wystarczającym powodem do nieprzyznania punktów ofercie Odwołującego. Szczególnie wobec wyraźnych postanowień SIWZ, iż ocena ofert w zakresie drugiego kryterium odbywać się powinna jedynie na podstawie treści oświadczenia Wykonawcy złożonego na formularza stanowiącego załącznik nr 1b do SIWZ. Dlatego też niezrozumiałym jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym w interesie Odwołującego było złożenie wraz z wyjaśnieniami odpowiednich dokumentów potwierdzających prawdziwość oświadczenia złożonego wraz z ofertą. Twierdził on, iż dokumenty takie składane są przez Wykonawców zwyczajowo, nawet gdy nie są oni wzywani do ich złożenia. W ocenie Izby, oczywistym jest, iż ani w treści SIWZ, ani też w wezwaniu (co samo w sobie, jako nie mające oparcia w postanowieniach SIWZ należałoby uznać za działanie spóźnione i niezajdujące oparcia w przepisach prawa), Zamawiający nie żądał złożenia innych dokumentów ponad oświadczenie Wykonawcy. Dlatego też w zaistniałej sytuacji koniecznym było, aby Zamawiający udowodnił postawioną przez siebie tezę. Nie mógł on jednak w tym celu żądać od Odwołującego złożenia innych dokumentów ponad oświadczenie wskazane w SIWZ oraz ewentualne wyjaśnienia.

Izba uznała, iż Zamawiający nie przedstawił wiarygodnych dowodów na potwierdzenie sformułowanej przez siebie tezy. Słusznie podnosił Odwołujący, iż dokumenty przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy odnoszą się do postępowania o udzielenie zamówienia, w którym termin składania oferty upływał w dniu 14 maja 2009 r. Dlatego też, wobec ciągłego udoskonalania oferowanych przez siebie produktów przez Odwołującego, trudno uznać, iż dokumenty te mogą zostać uznane za wystarczający dowód dla podważania prawdziwości złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą oświadczenia.

Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością były również wewnętrzna sprzeczność w stanowisku Zamawiającego zaprezentowanym w toku rozprawy przed Izbą. Oświadczył

on, iż okoliczność, że oferowany przez Odwołującego sprzęt nie charakteryzuje się cechami opisanymi w złożonym wraz z ofertą Odwołującego oświadczeniu, ustalił na podstawie sprzętu produkcji Odwołującego, którym Zamawiający dysponował. Jednocześnie oświadczył on, iż nigdy nie widział urządzeń wyprodukowanych przez Odwołującego, ponieważ nie prowadził on, tak jak inni Wykonawcy, prezentacji swoich produktów w siedzibie Zamawiającego. Sprzeczność ta rodzi poważne wątpliwości, co do przesłanek decyzji Zamawiającego – Izba uznała, iż Zamawiający nie wyjaśnił w sposób wiarygodny podstaw, na których oparł swe twierdzenie o nieposiadaniu określonych cech przez oferowany przez Odwołującego sprzęt.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, iż Zamawiający nie przedstawił wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość dokonanej przez siebie oceny oferty Odwołującego, zaś swe twierdzenia oparł głównie na własnych oświadczeniach, które w swej treści nie były wewnętrznie spójne. Dlatego też Izba nie mogła dać wiary argumentacji Zamawiającego, wobec czego uznała, iż potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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:

.....