

**Sygn. akt KIO 1204/10**

**WYROK**  
**z dnia 2 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 czerwca 2010 r. przez **Edwards Lifesciences Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 214, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Śląskie Centrum Chorób Serca, ul. Szpitalna 2, 41-800 Zabrze,**

przy udziale wykonawcy **Billmed Sp. z o.o., ul. Krypska 24/1, 04-082 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Billmed Sp. z o.o., ul. Krypska 24/1, 04-082 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Edwards Lifesciences Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 214, 02-486 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 550 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Billmed Sp. z o.o., ul. Krypska 24/1, 04-082 Warszawa** na rzecz **Edwards Lifesciences Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 214, 02-486 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu, ul. Szpitalna 2, 41-800 Zabrze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę akcesoriów do inwazyjnego pomiaru ciśnienia”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 maja 2010 r. pod pozycją 116795.

Dnia 11 czerwca 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą w pakiecie Nr 1 została uznana oferta złożona przez wykonawcę BILLMED sp. z o.o., ul. Krypska 24; 04-082 Warszawa oraz że w postępowaniu odrzucono ofertę złożoną przez Edwards Lifesciences Poland sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 214; 02-486 Warszawa (zwany dalej „Odwołującym”). Jako podstawę odrzucenia Zamawiający powołał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 16 czerwca 2010 roku, wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na wadliwej ocenie oferty Odwołującego, w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Zdaniem Odwołującego czynności Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy PZP.

Z tych powodów Odwołujący wniósł o:

I. Uwzględnienie odwołania przez:

- nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Edwards Lifesciences w zadaniu nr 1 postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty firmy Billmed w pakiecie nr 1 z powodu niespełnienia wymogów technicznych wg. załącznika nr 6 do SIWZ pkt. 1a, oraz 2a,
- nakazanie w zadaniu nr 1 dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród nieodrzuconych ofert, złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania - tj. dokonanie w zadaniu nr 1 wyboru oferty Odwołującego.

II. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniósł, co następuje.

Odwołujący stwierdził, iż w załączniku nr 6 potwierdził jednoznacznie spełnienie wymogu posiadania „kranika kalibracyjnego z możliwością kalibracji w systemie zamkniętym”. Takie rozwiązanie jest zastosowane w przetwornikach firmy Edwards, a w szczególności linie wyposażone są w koreczki kalibracyjne z otworem zabezpieczonym przed kontaminacją. Zerowanie, kalibracja i płukanie linii odbywa się poprzez ustawienie kranika w pozycji umożliwiającej przepływ przez koreczek z otworem, co umożliwia kontakt z ciśnieniem atmosferycznym. Nie ma potrzeby zdejmowania koreczka w celu zerowania, kalibracji i płukania co Zamawiający mógł sam stwierdzić na podstawie dostarczonych próbek. W zestawach Edwards istnieje dodatkowo możliwość wymiany zamontowanych koreczków z otworem na dołączone do zestawu koreczki pełne, które należy całkowicie zdjąć podczas zerowania i kalibracji, lecz w żadnym przypadku nie ma takiej konieczności.

W ocenie Odwołującego zaszło również nieporozumienie, co do konieczności użycia specjalnego elementu kalibracyjnego „Symulator/Tester” w celu kalibracji zestawu. Przetworniki Edwards posiadają w swojej konstrukcji dodatkowy port testowy umożliwiający weryfikację dokładności pomiaru ciśnienia dokonywanego przez monitor, podczas jego trwania. Daje to możliwość porównania zadanego z symulatora sygnału testowego z sygnałem odczytywanym przez monitor. Nie należy mylić tej funkcji z kalibracją monitora, która odbywa się przez odkręcenie kranika (bez potrzeby jego zdejmowania).

Ponadto Odwołujący stwierdził, iż w wyniku analizy oferty złożonej przez firmę Billmed w pakiecie nr 1 zostały zaoferowane linie z przetwornikiem modele: 682002 oraz 682032. W załączniku nr 6 pkt 1a i 2a Zamawiający wymagał linii pomiarowych od długości 120 cm. Produkty o kodach 682002 oraz 682032 są wyposażone w linie o długości 125 cm, co jednoznacznie wynika z ogólnie dostępnego katalogu firmy Becton Dickinson (strona katalogowa dołączona do Odwołania). Tym samym produkt zaoferowany przez firmę Billmed nie spełnia wymogów s.i.w.z., co skutkuje koniecznością odrzucenie oferty firmy Billmed w pakiecie nr 1.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 16 czerwca 2010 roku.

Zamawiający dnia 17 czerwca 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 21 czerwca 2010 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca: BILLMED sp. z o.o.

Dnia 29 czerwca 2010 roku (pismem z dnia 28 czerwca 2010 roku) Zamawiający oświadczył, iż uznaje odwołanie i uwzględnia w całości zarzuty w nim przedstawione.

Dnia 30 czerwca 2010 roku, wykonawca BILLMED sp. z o.o. zgłosił sprzeciw, co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić wykonawcę BILLMED sp. z o.o. do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący oferty wykonawcy BILLMED sp. z o.o., gdyż zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych Odwołującemu przysługuje jedynie środek ochrony prawnej dotyczący czynności odrzucenia jego oferty. W postępowaniach o wartości szacunkowej zamówienia nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przysługuje Odwołującemu prawo do

stawiania zarzutów w odniesieniu do innych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, ani też ich ofert.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku Nr 6 (pakiet Nr 1) w punktach 1d i 2d postawił następujące wymogi, względem parametrów technicznych do oferowanych urządzeń/zestawów:

- 1d – kranik kalibracyjny z możliwością kalibracji w systemie zamkniętym (niezdemowalny koreczek),
- 2d – 2 x kraniki kalibracyjne z możliwością kalibracji w systemie zamkniętym (niezdemowalny koreczek).

W odpowiedzi na tak postawiony warunek, Odwołujący zaoferował rozwiązanie, które zostało opatrzone jego numerem katalogowym, jako T100209A oraz T001650A w ilościach odpowiednio 3 600 sztuk i 3 300 sztuk.

Odpowiednio, w załączniku Nr 6 (strona 7 oferty) podał, iż oferuje kranik kalibracyjny z możliwością kalibracji bez konieczności zdejmowania koreczka (system zamknięty) dla 1d oraz dwa kraniki kalibracyjne z możliwością kalibracji bez konieczności zdejmowania koreczka (system zamknięty) dla 2d.

Przystępujący, zgłaszający sprzeciw do decyzji zamawiającego wskazał, iż oferta Odwołującego przedstawia zestaw wyposażony w kranik ze zdejmowalnym koreczkiem.

Krajowa Izba Odwoławcza na rozprawie przeprowadziła dowód w postaci oględzin urządzeń/zestawów oferowanych zarówno przez Odwołującego jak i Przystępującego, które to zestawy stanowiły załączniki do oferty, jako próbki, zgodnie z żądaniem Zamawiającego opisanym w dziale VI ust. 3 pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W wyniku przeprowadzonych oględzin Izba stwierdziła, iż potwierdziło się stanowisko Odwołującego, iż każdy z w/w zestawów zaopatrzony jest w korek zdejmowalny. Jednakże, w ocenie Izby istotą problemu jest prawidłowa interpretacja postanowień s.i.w.z., co do możliwości uznania treści oferty za zgodnej czy też nie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, cel jaki przyświecał Zamawiającemu opisującemu w/w wymóg był jasny i precyzyjny, a dotyczył możliwości kalibracji urządzenia/zestawu w systemie zamkniętym. Aby system był systemem zamkniętym konieczne było spełnienie wymogu legitymowania się przez oferowany zestaw, niezdemowalnym koreczkiem.

Niezdejmowalny, to inaczej nie dający się zdjąć. Jeżeliby rozpatrywać obydwie oferty w wąskim znaczeniu tego słowa stwierdzić należałoby, iż żadna z ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże takie rozumienie postanowień s.i.w.z. jest błędne, gdyż Zamawiający na rozprawie wskazał, iż nie jest istotne to czy faktycznie korek można zdjąć, ale czy w trakcie kalibracji konieczne jest zdejmowanie korka. I ten aspekt w rozstrzygnięciu odwołania ma decydujące znaczenie.

Z oględzin urządzeń/zestawów, przeprowadzonych na rozprawie Izba stwierdziła, że zestaw oferowany przez Odwołującego charakteryzuje się następującymi parametrami. Kranik kalibracyjny wyposażony jest w korek z otworem, który jest mocowany dzięki gwintowanej wewnętrznej części korka. Korek, w trakcie kalibracji nie wymaga czynności zdejmowania, czyli odpowiada celowi, jaki przyświecał Zamawiającemu, opisującemu sporny warunek, jego niezdejmowalności w trakcie kalibracji.

Niesłusznym i niezasadnym zdaje się stanowisko Przystępującego, który swoją argumentacją rozdzielał znaczenie wymogu, tj. odpowiednio oddzielnie oferowanie kranika kalibracyjnego od niezdejmowalnego korka. O tyle argumentacja Przystępującego jest niezasadna, gdyż zamawiający powiązał istnienie obydwu elementów w jednym parametrze. Powyższe oznacza, tak jak to już wcześniej zostało wiedzione, iż niezdejmowalny koreczek konieczny jest do wykonywania kalibracji przy użyciu kranika kalibracyjnego w systemie zamkniętym.

Ponadto niezasadnie Przystępujący argumentował, iż jego urządzenie/zestaw wyposażone jest w niezdejmowalny korek, gdyż Izba dokonując oględzin zestawu Przystępującego, stanowiącego załącznik do oferty (próbka), samodzielnie stwierdziła, iż korek daje się zdjąć. Faktem jest, że rozwiązanie proponowane przez Przystępującego oferuje inny technicznie sposób umożliwiający kalibrację, jednakże sposób ten nie może preferować tego rozwiązania, jako jedynie słusznego. Inne, odmienne rozwiązanie, preferowane przez Odwołującego w sposób nieuchybny pod żadnym względem, nie może eliminować jego oferty z przedmiotowego postępowania.

Reasumując Izba stwierdziła, iż rozwiązanie oferowane przez Odwołującego jak i Przystępującego odpowiada postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie wymaganych parametrów określonych w załączniku Nr 6 punkty 1d i 2d dotyczących pakietu Nr 1.

Izba nie dopuściła, zgłoszonych przez Przystępującego dowodów w postaci instrukcji obsługi urządzeń oferowanych przez Odwołującego i Przystępującego, gdyż Przystępujący nie

dysponował odpowiednią liczbą zgłaszanych dowodów – brak kopii lub odpisów dla stron postępowania.

Izba nie dopuściła dowodu zgłoszonego przez Przystępującego w zakresie przeprowadzenia czynności sprawdzających, na nowym zestawie, jeszcze nieotwieranym, czy oferowany przez Przystępującego zestaw posiada korek zdejmowalny, argumentując, iż ten załączony do oferty został już rozregulowany - gdyż Izba dokona oceny w oparciu o przedstawione na rozprawie próbki urządzeń/zestawów załączonych do oferty.

Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że wypełniła się przesłanka określona w przepisie art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych pozwalająca Izbie na uwzględnienie odwołania, gdyż w ocenie Izby naruszenie wskazanych przepisów miało wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 050,00 zł.

**Przewodniczący:**

.....