

**WYROK  
z dnia 2 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2014 r. przez wykonawcę Krajowe Towarzystwo Gospodarcze „SEMIGAT” S.A., ul. Ratuszowa 11/318, 03-450 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Specjalistyczny Szpital im. Dra A. Sokołowskiego, ul. Sokołowskiego 4, 58-309 Wałbrzych.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Krajowe Towarzystwo Gospodarcze „SEMIGAT” S.A., ul. Ratuszowa 11/318, 03-450 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Krajowe Towarzystwo Gospodarcze „SEMIGAT” S.A., ul. Ratuszowa 11/318, 03-450 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Krajowego Towarzystwa Gospodarczego „SEMIGAT” S.A., ul. Ratuszowa 11/318, 03-450 Warszawa na rzecz Specjalistycznego Szpitala im. Dra A. Sokołowskiego, ul. Sokołowskiego 4, 58-309 Wałbrzych kwotę 3651 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Świdnicy.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Specjalistyczny Szpital im. Alfreda Sokołowskiego, Wałbrzych ul. Sokołowskiego 4 wszczął postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku, znak: Zp/PN-39/14.

Pismem z dnia 12 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: Krajowe Towarzystwo Gospodarcze SEMIGAT S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-450 Warszawa, ul. Ratuszowa 11 o odrzuceniu jego oferty i o wyborze, jako najkorzystniejszej dla pakietu 16 (testy do sterylizacji parowej) wykonawcy: INFORMER MED Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 17 czerwca 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp, czynności Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku, polegające na:

- 1) wyborze dla pakietu nr 16 (testy do sterylizacji parowej) oferty spółki pod firmą: „INFORMER MED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Poznaniu,
- 2) opisie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymogami art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Jednocześnie Odwołujący w ramach zgłoszonych zarzutów odwołania wskazał, że postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 30 ust. 4 i art. 89 ust. 1 punkt 2) ustawy Pzp.

Ze względu na powyższe wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty spółki pod firmą: „INFORMER MED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Poznaniu (dla pakietu nr 16);

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez spółka pod firmą: „Krajowe Towarzystwo Gospodarcze SEMIGAT Spółka Akcyjna” z siedzibą w Warszawie(dla pakietu nr 16);

4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez radcę prawnego.

W swoim odwołaniu w pierwszej kolejności zauważył, iż w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, w zakresie pakietu 16) wskazano, że przedmiotem zamówienia jest: „Fioletowy wskaźnik biologiczny o szybkim odczycie do sterylizacji parą wodną, odczyt po 3 h inkubacji, odczyt automatyczny w autoczytniku poprzez wskazanie koloru na wyświetlaczu. Na fioletce naklejka zawierająca nazwę mikroorganizmu testowego, wskaźnik chemiczny i miejsce do opisu. Wskaźniki kompatybilne w zakresie metody odczytu z inkubatorem typu Auto - Leader ATTEST firmy M3” (vide: załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opis pakietu nr 16, punkt 1).

Zdaniem Odwołującego powyższy opis jednoznacznie wskazywał, jakie cechy i właściwości ma posiadać przedmiot zamówienia, a mianowicie, zaoferowane wskaźniki miały umożliwiać poprawne wykonywanie kontroli biologicznej przy wykorzystaniu sprzętu posiadanego przez Zamawiającego.

Nadto zwrócił uwagę, że na pytanie dotyczące wskazanego opisu zamówienia, złożone przez jednego z wykonawców: „Czy zamawiający wymaga aby zaoferowane testy były kompatybilne z posiadanym przez Szpital autoczytnikiem na podstawie instrukcji obsługi autoczytnika”. Zamawiający udzielił odpowiedzi „Tak” (vide: lista odpowiedzi Zamawiającego z dnia 26 maja 2014 r.).

Nie podzielił oceny Zamawiającego zawartej w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego gdzie podano, że zostaje ona odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadająca treści SIWZ, gdyż „Zamawiający wymagał, aby zaoferowane testy były kompatybilne z posiadanym przez szpital autoczytnikiem na podstawie instrukcji obsługi autoczytnika. W instrukcji obsługi jest napisane, że Auto-czytnik Reater ATTEST firmy 3M przeznaczony jest do odczytywania fluorescencji wykorzystywanej przez wskaźniki biologiczne 3M Atest Rapie Readout 1291 i 1292. Inne wskaźniki biologiczne nie są kompatybilne z tym urządzeniami i nie mogą być z nim stosowane. W związku z powyższym testy zaoferowane przez w/w Wykonawcę nie są kompatybilne z posiadanym urządzeniem”(vide: strona 3) informacji o wynikach postępowania przetargowego z dnia 12 czerwca 2014 r.).

W swoim odwołaniu podniósł również, że przedmiot zamówienia dotyczył dostawy produktów (wskaźników) jednego producenta, w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia – w ocenie Odwołującego - było niezgodne z art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego zarzutu wskazał, że zgodnie z tymi przepisami, opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, Zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a przedmiotu zamówienia nie może on opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Według Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na opisie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie produktu jednego producenta, bez użycia określenia „lub równoważny” oraz zaniechanie zbadania, czy oferowane przez Odwołującego produkty (wskaźniki), spełniają przyjęte w opisie oferty kryteria, rażąco narusza dyspozycję art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

Poza tym Odwołujący stwierdził, że ze względu na przyjęty przez Zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, nie można było przyjąć, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Podniósł również, że w treści opisu zamówienia dla pakietu 16, wskazano jedynie cechy i właściwości, jakim odpowiadać ma zamawiany produkt, zaś produkty oferowane przez Odwołującego cechy te spełniały, a zatem działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego zostało podjęte z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy - Pzp.

Podkreślił przy tym, że uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że skoro zaoferowany wskaźnik nie jest wyprodukowany przez określonego producenta, to nie spełnia on wymagań określonych w SIWZ, jako nie kompatybilny z posiadanym przez Zamawiającego urządzeniem.

Zarzucił, że Zamawiający nawet nie dokonał sprawdzenia, czy oferowane przez Odwołującego wskaźniki były kompatybilne z posiadanym urządzeniem.

Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący przedstawił stosowne oświadczenie producenta wyrobu (oferowanych wskaźników) o kompatybilności oferowanych wskaźników

z autoczytnikami innych producentów.

Według Odwołującego wskaźniki, których dostawa była oferowana przez Odwołującego, spełniały wymagania określone przez Zamawiającego.

Zwrócił uwagę na okoliczność przedstawienia Zamawiającemu dokumentacji, gdzie oferowane wskaźniki określono, jako „Kompatybilny z autoczytnikiem fluoroscencyjnym firmy „3M”.

Powołał się w tym zakresie na opis oferowanego produktu wykonany przez producenta – Terragente S.R.L.

Ostatecznie – zdaniem Odwołującego - w opisanym wyżej stanie faktycznym, dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty spółki pod firmą: „INFORMER MED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Poznaniu rażąco narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 wskazanej ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, bowiem gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił treść dokumentów złożonych przez Odwołującego, jego oferta winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 26.05.2014r., oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego o wyniku postępowania przetargowego z dnia 12 czerwca 2014r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 czerwca 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba, po przeanalizowaniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego nie podzieliła stanowiska Odwołującego o bezprawnym odrzuceniu przez Zamawiającego jego oferty w warunkach wystąpienia sprzeczności treści złożonej oferty z treścią SIWZ w spornym zakresie odnoszącym się do parkietu nr 16.

Izba ustaliła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uzasadniając, że wymagał, aby zaoferowane testy były kompatybilne z posiadanym przez szpital autoczytnikiem na podstawie instrukcji obsługi autoczytnika. Zamawiający wskazał przy tym, że Autoczytnik Reater ATTEST firmy 3M przeznaczony jest do odczytywania fluorescencji wykorzystywanej przez wskaźniki biologiczne 3M Attest Rapid Readout 1291 i 1292. Stwierdził przy tym, że inne wskaźniki biologiczne nie są kompatybilne z tym urządzeniem i nie mogą być z nim stosowane. W związku z powyższym testy zaoferowane przez w/w Wykonawcę nie są kompatybilne z posiadanym urządzeniem.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 1 SIWZ do pakietu nr 16 Testy do sterylizacji parowej opisał pod l.p.1 asortyment szczegółowy przedmiotu zamówienia wskazując w zdaniu 3 tej l.p. wymóg, że wskaźniki mają być kompatybilne w

zakresie metody odczytu z inkubatorem typu Auto – Reader ATTEST firmy 3M.

Nadto Izba stwierdziła, że pismem z dnia 26 maja 2014r. Zamawiający wyjaśnił powyższy opis SIWZ odpowiadając na pytanie wykonawcy nr 11 dotyczące pakietu nr 16, l.p.1: „Czy Zamawiający wymaga, aby zaoferowane testy były kompatybilne z posiadanym przez szpital autoczytnikiem na podstawie instrukcji obsługi autoczytnika? Odp.Tak.”.

Z powyższego oświadczenia woli Zamawiającego, inkorporowanego do powyższego opisu SIWZ wynika – zdaniem Izby - jednoznacznie, że zaoferowany test musi być kompatybilny z inkubatorem typu Auto – Reader ATTEST firmy 3M, a informacja w tym zakresie jest podana w instrukcji obsługi autoczytnika.

Przechodząc na grunt przedmiotowej instrukcji obsługi 3M Attest 290 Auto – Reader Izba stwierdziła, że zgodnie z tą instrukcją 3M Attest Model 290 Auto – czytnik jest przeznaczony do odczytywania fluorescencji wytwarzanej przez wskaźniki biologiczne 3M Attest Rapid Readout 1291 i 1292, a inne wskaźniki biologiczne nie są kompatybilne z tym urządzeniem i nie mogą być z nim stosowane.

Jednocześnie Izba wzięła pod uwagę oświadczenie przedstawiciela Działu Medycznego firmy 3M Poland sp. z o.o. z dnia 14 maja 2013r., że stosowanie jakichkolwiek innych wskaźników biologicznych jest niezgodne z instrukcją urządzeń oraz nie gwarantuje zachowania wiarygodności i poprawności wyników kontroli, a metoda szybkiej kontroli biologicznej 3M Attest Rapid może być przeprowadzona prawidłowo tylko z użyciem wskaźników biologicznych 3M o numerach katalogowych: 1291, 1292, 1292E, 1294, 1296, 1298.

Poza tym Izba ustaliła również, że stosownie do tego oświadczenia wszelką odpowiedzialność wynikającą z nieprawidłowego przeprowadzania procesu kontroli biologicznej ponosi użytkownik.

Odnosząc się do dowodu przedstawionego przez Odwołującego w postaci karty technicznej wystawionej przez producenta Terragente S.R.L. dla produktu Bionova BT220 Izba stwierdziła, że wprawdzie jest tam informacja o kompatybilności z inkubatorem fluorescencyjnym 3M, lecz jest tam również istotna informacja, że zaleca się inkubację z temp.60 °C w Inkubatorze Bionova IC10/20, a przed zastosowaniem należało zapoznać się ze wskazówkami producenta.

W oparciu o powyższe dokumenty Izba stanęła na stanowisku, że nadrzędne



znaczenie przy tłumaczeniu treści SIWZ w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności treści oferty z treścią SIWZ mają informacje zawarte w Instrukcji Obsługi, do której w swojej odpowiedzi z dnia 26 maja 2014r. odesłał Zamawiający.

Nadto Izba doszła do przekonania, że informacja z karty technicznej wystawionej przez producenta Terragente S.R.L. mogłaby mieć znaczenie w spornym zakresie, jedynie w sytuacji, gdyby producent autoczytnika 3M będącego w posiadaniu Zamawiającego nie uczynił zastrzeżenia, że inne niż wskazane w instrukcji obsługi testy nie są kompatybilne z tym urządzeniem i nie mogą być z nim stosowane.

Izba zważyła również, że podobne zastrzeżenie odsyłające do instrukcji obsługi producenta uczynił Producent Terragente S.R.L., w swojej karcie technicznej, co oznacza, że nadał on instrukcji obsługi autoczytnika pierwszorzędne znaczenie.

Wobec takiej oceny prawnej przedmiotowego stanu faktycznego Izba uznała, że Zamawiający miał pełne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Rozpatrując zarzuty odwołania skierowane przeciwko wyjaśnieniom do SIWZ oparte o przepis art.29 ust.2 i art.30 ust.4 ustawy Pzp Izba potraktowała je za spóźnione.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 26.05.2014r. zapoznał się z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 11 wykonawcy do opisu SIWZ dotyczącego przedmiotu zamówienia odnoszące się do pakietu nr 16, l.p.1: „Czy Zamawiający wymaga, aby zaoferowane testy były kompatybilne z posiadany przez szpital autoczytnikiem na podstawie instrukcji obsługi autoczytnika? Odp.Tak.”.

W aspekcie powyższego stanu rzeczy należy wskazać, że zgodnie z art.182 ust.3 pkt.2 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w wydanych na podstawie art.11 ust.8 – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Z powyższego przepisu wynika, że Odwołujący od dnia następującego po dniu 26.05.2014r. miał prawo do wniesienia środka ochrony prawnej przeciwko treści wyjaśnień do SIWZ w powyższym zakresie, czego nie uczynił.

Zdaniem Izby upływ terminu do wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie upłynął w dniu 31 maja 2014r.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....**