

**WYROK**  
z dnia 25 lipca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2012 r. przez wykonawcę Informer Med Sp. z o.o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Pomorskie Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Getinge Poland Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Informer Med Sp. z o.o. w Poznaniu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Informer Med Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Informer Med Sp. z o.o. w Poznaniu na rzecz Pomorskiego Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku kwotę 1080 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Pomorskie Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kompleksowa dostawa wyposażenia wraz z adaptacją pomieszczeń Centralnej Sterylizatorni w budynku nr 8 Pomorskiego Centrum Traumatologii (PCT) w Gdańsku.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 marca 2012 r., pod numerem 2012/S 54-088048.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

3 lipca 2012 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania, w związku z czym Informer Med. Sp. z o.o. Poznaniu wniósł odwołanie 10 lipca 2012r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Getinge Poland Sp. z o.o., albowiem treść jej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: "specyfikacja";
2. art. 91 ust. 1 ustawy, gdyż gdyby przyjąć z najdalej idącej ostrożności, że wykonawca Getinge Poland Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu zgodnie z żądaniem opisanym w pkt 1, to ilość przyznanych punktów w ramach kryterium „parametry techniczne” jest nieadekwatna do rzeczywistej treści oferty.
3. art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.);
4. art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;
5. art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie odrzucenia oferty firmy Getinge Poland Sp. z o.o. Alternatywnie wniósł o nakazanie zamawiającemu obniżenia przyznanej ilości punktów w ramach kryterium parametry techniczne w sposób opisany odwołaniem.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Getinge Poland Sp. z o.o. odwołujący wskazał, że

1. w ofercie brak jest autoryzacji wystawionej przez producenta myjni narzędziowej SONOMIC MC 1001E certyfikowanej zgodnie z dyrektywą EEC/93/42, potwierdzającej możliwość podłączenia oferowanej myjni narzędziowej do oferowanego systemu komputerowego T- DOC 2000;
2. oferent nie uwzględnił możliwości podłączenia do oferowanego systemu komputerowego myjni narzędziowej SONOMIC MC 1001E certyfikowanej zgodnie z dyrektywą EEC/93/42, której podłączenie było wymagane przez zamawiającego. Oferta nie spełnia parametru odcinającego w zakresie wymaganej współpracy systemu komputerowego z myjniami narzędziowymi będącymi wyrobem medycznym;
3. myjnia dezynfektor narzędziowa model 88-5 nie spełnia parametru odcinającego zał.4A i 4B lp. 5 (oferta str.41 i str. 52) w zakresie wymaganego dostępu do przestrzeni serwisowej tylko od frontu urządzenia. Z materiałów zawartych w ofercie (oferta str. 64) jednoznacznie wynika, że zaoferowana myjnia model 88-5 w celu serwisowania wymaga dostępu serwisowego z boku urządzenia;
4. myjnia dezynfektor narzędziowa model 88-5 nie spełnia parametru odcinającego zał.4A i 4B lp.6 (oferta str.41 i str. 52) oraz lp. 46 (oferta str.47) w zakresie wymaganej pojemności komory 10 tac narzędziowych DIN 1/1 lub 10 tac kontenerowych o długości 540mm. Z materiałów informacyjnych (oferta str. 60, str. 66, str. 72) wynika, że zaoferowana została myjnia dezynfektor o pojemności 15 dużych tac DIN;
5. myjnia dezynfektor narzędziowa model 88-5 nie spełnia parametru odcinającego zał.4A i 4B lp.24 (oferta str.44 i str. 55) w zakresie wymaganej informacji o przyczynach błędów i awarii na monitorze sterownika w języku polskim.
6. myjnia dezynfektor narzędziowa model 88-5 nie spełnia parametru odcinającego zał.4A i 4B lp.28 (oferta str.44 i str. 55) w zakresie wymaganej autodezynfekcji urządzenia przy postoju dłuższym, niż 24 godziny. Oferent nie zastosował tej funkcji, pomimo, że konstrukcja urządzenia wymaga jej zastosowania;
7. myjnia dezynfektor narzędziowa model 88-5 w ilości 4 szt. nie spełnia wymagania w zakresie instalacji. Szerokość urządzeń oraz dodatkowa konieczność dostępu serwisowego z boku urządzenia uniemożliwia instalację w przewidzianej przestrzeni instalacyjnej ograniczonej słupami konstrukcyjnymi i ścianami nośnymi;
8. sterylizatory parowe model HS 6613 nie spełniają parametru odcinającego zał.8A i 8B lp.38 (oferta str.94, 127) w zakresie wymaganej wytrzymałości uszczelki drzwi. Oferent nie zaoferował wymaganej minimalnej żywotności uszczelki 2000 cykli, lecz zadeklarował żywotność uszczelki 1 rok.

W uzasadnieniu bezprawnego przyznaniu ofercie Getinge Poland Sp. z o. o punktów w

kryterium parametrów technicznych odwołujący wskazał, że:

1. myjnia dezynfektor narzędziowa model 88-5 zał. 4A i 4B lp. 4 (oferta str.41 i str. 52) nie posiada drzwi przeszklonych na całej powierzchni. Punktacji podlegało rozwiązanie zawierające przeszklenie na całej powierzchni drzwi. Oferta bezpodstawnie otrzymała 100 pkt;
2. sterylizatory parowe model HS 6613 zał.8A i 8B lp. 6 (oferta str. 89 i str. 123) wymagają dostępu serwisowego od boku urządzeń. Punktacji podlegało rozwiązanie polegające na serwisowaniu od przodu (zgodnie z odpowiedzią nr 100). Oferta bezpodstawnie otrzymała 80 pkt;
3. sterylizatory parowe model HS 6613 zał.8A i 8B lp. 39 (oferta str.94, 128) posiadają uszczelkę drzwiową o żywotności 1 rok. Ocenie podlegało rozwiązanie o żywotności uszczelki wyrażonej w cyklach (ponad 2500 cykli lub ponad 3500 cykli). Oferta bezpodstawnie otrzymała 60 pkt.

Odwołujący wywiódł, że po prawidłowym przeliczeniu, oferta Getinge Poland Sp. z o.o. powinna otrzymać 330 punktów (parametry techniczne - wartość procentowa 8,8), co powodowałoby, że za najkorzystniejszą winna być uznana oferta odwołującego.

Wykonawca Getinge Poland Sp. z o.o. w Warszawie 12 lipca 2012 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wycofał zarzut opisany w pkt 5 uzasadnienia odwołania.

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

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów i stwierdziła, że nie zasługuje na uwzględnienie.

Granice zarzutów odwołania określają skarżone czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz uzasadniające je okoliczności faktyczne i prawne. Wykazywanie przez odwołującego w czasie rozprawy, że oferta przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji, z innych przyczyn, niż wskazane w odwołaniu – przykładowo, że jej przyjęcie spowoduje konieczność wprowadzenia zmian w projekcie niedopuszczalnych w świetle postanowień specyfikacji - kreuje nowe zarzuty, który nie był podniesiony w odwołaniu i nie mógł być rozpoznany.

Podstawą oceny zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego są postanowienia specyfikacji oraz ich wykładnia zawarta w wyjaśnieniach, w ich literalnym brzmieniu. Niezasadne jest odrzucanie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jeśli nie można w sposób pewny stwierdzić, że nie spełnia ona wymagań zamawiającego. Ocena oferty w kryteriach pozacenowych następuje według opisanych wymagań zamawiającego na podstawie oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie. Ciężar dowodu niezgodności oferty przystępującego z treścią specyfikacji oraz błędnej oceny oferty przystępującego spoczywa - zgodnie z art. 6 k.c. i 190 ust. 1 Pzp - na odwołującym.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania należy stwierdzić, że:

Ad.1 i 2) zamawiający w specyfikacji nie wymagał dołączenia do oferty autoryzacji wystawionej przez producenta myjni narzędziowej potwierdzającej możliwość podłączenia myjni do oferowanego systemu komputerowego. W odpowiedzi 158 z 19 kwietnia 2012r. zamawiający wyraźnie wskazał, że autoryzację tę należy dołączyć dopiero przy dostawie. Niezasadne jest zatem oczekiwanie jej złożenia wraz z ofertą. Brak jest nadto podstaw do przyjęcia, że w odpowiedzi na pytanie 107 z 19 kwietnia 2012r. zamawiający wymagał dołączenia autoryzacji dla myjni ultradźwiękowej, skoro nie była ona wskazana wprost w treści odpowiedzi w katalogu sprzętów, których dotyczy wymóg;

Ad. 3) zamawiający wymagał dostępu do przestrzeni serwisowej wyłącznie od frontu (4 urządzenia zestawione razem). Oferta Getinge na str. 41 i 52 stanowi, że brak jest przestrzeni serwisowej między urządzeniami (4 urządzenia zestawione razem), dostęp do przestrzeni serwisowej istnieje wyłącznie od frontu. W przypadku konieczności jest możliwość wysunięcia urządzenia do przodu tak, aby serwis mógł być realizowany tylko od frontu zestawionych urządzeń. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w wyjaśnieniach z 14 czerwca 2012r.

Izba uznała, że treść specyfikacji nie ustala wymogu serwisowania urządzenia wyłącznie od jego frontu bez możliwości wysuwania. Oferta przystępującego odpowiada wymaganiom specyfikacji, gdyż w każdym przypadku dostęp do przestrzeni serwisowej będzie realizowany od frontu zestawionych urządzeń.;

Ad. 4) opisując w załączniku 4a i 4b lp.6 wymaganą pojemność komory urządzenia zamawiający nie wskazał wymagania pojemności komory jako maksymalnego i

nieprzekraczalnego. Oferta Getinge str. 41, 52 i 60 oraz wyjaśnienia z 14 czerwca 2012r. potwierdzają spełnienie wymagań zamawiającego, wykonawca zaoferował komorę w której można umieścić 10 tac DIN1/1- komorę na maksymalnie 15 tac DIN1/1;

Ad. 6) zamawiający wymagał posiadania przez urządzenia programu autodezynfekcji działającego automatycznie przy dłuższym postoju maszyny, powyżej 24h. W odpowiedzi na pytanie 128 z 19 kwietnia 2012 zamawiający dopuścił urządzenie, którego konstrukcja nie wymaga stosowania programu autodezynfekcji w przypadku postoju dłuższego, niż 24 godziny. Zamawiający zatem dopuścił możliwość zaoferowania urządzenia nieposiadającego automatycznego programu autodezynfekcji. Oferta odwołującego zawierająca urządzenie z programem autodezynfekcji uruchamianym manualnie w przypadku postoju dłuższego, niż 48 godzin jest zgodna z oczekiwaniem zamawiającego;

Ad. 7) w zakresie dostępu do przestrzeni serwisowej Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w pkt Ad. 3). Przystępujący potwierdził spełnianie wymagań zamawiającego w wyjaśnieniach z 21 czerwca 2012r.. Rozpoznając zarzuty w granicach określonych w odwołaniu, Izba uwzględniła przede wszystkim, że zamawiający nie wymagał w specyfikacji złożenia planu rozmieszczenia oferowanych urządzeń. W odpowiedzi na pytanie 99 nie doprecyzował maksymalnej szerokości na posadowienie 4 myjni narzędziowych, odsyłając do projektu, który przewidywał instalację mniejszych ilości urządzeń, niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że oferta przystępującego nie czyni zadość opisanym wymaganiom zamawiającego. Konieczność wykonania projektu zamiennego oraz prac budowlanych niezbędnych do instalacji oferowanych urządzeń stanowi wyłączny koszt i ryzyko przystępującego na etapie wykonania umowy.;

Ad. 8) Zamawiający wymagał wytrzymałości uszczelki drzwi minimum 200 cykli. W odpowiedzi przystępujący zadeklarował wytrzymałość uszczelki drzwi – 1 rok. Przy zakładanym obciążeniu 10 cykli w ciągu dnia oraz pracy w trybie ciągłym wytrzymałość uszczelki wynosi 3650 cykli.

Izba uznała, że stwierdzenia te zawarte na str. 94 i 127-128 oferty Getinge oraz potwierdzone wyjaśnieniami z 14 czerwca 2012r. dowodzą spełniania wymagania dotyczącego wytrzymałości uszczelki drzwi. Odwołujący konstruuje zarzut odwołania wyłącznie w oparciu o różnice semantyczne. Nie dowiódł natomiast, że spełnienie wymagania zamawiającego przez urządzenie zaoferowane przez przystępującego jest niemożliwe.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zarzuty dotyczące błędnego przyznania punktów ofercie przystępującego w kryterium oceny technicznej również nie znalazły potwierdzenia.

Ad.1) przystępujący zaoferował urządzenie z drzwiami całkowicie przeszklonymi. Jednoznaczne deklaracje zawarł na str. 41, 52 i 60 oferty;

Ad. 2) Izba uznała, że wobec jednoznacznych stwierdzeń zawartych na str. 98 i 123 oferty przystępującego, zamawiający przyznał liczbę punktów zgodnie z odpowiedzią 100 z 19 kwietnia 2012r., w której oświadczył, że punkty przyzna wyłącznie w razie serwisowania urządzenia od frontu. Przystępujący zadeklarował dostęp do przestrzeni serwisowej od frontu urządzenia przez drzwi serwisowe oraz wskazał, że nie istnieje konieczność wysuwania urządzenia oraz dostępu z boku w trakcie serwisu;

Ad. 3) opisywane wyżej w pkt Ad. 8) deklaracje zawarte w ofercie Getinge str. 94 i 127-128 oraz wyjaśnienia z 14 czerwca 2012r.potwierdzają spełnianie wymagania dotyczącego wytrzymałości uszczelki drzwi uzasadniające otrzymana liczbę punktów.

Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Przekonanie odwołującego, że oferowane przez niego urządzenia są technologicznie lepsze, mniej kosztowne i bardziej ergonomiczne w przewidywanych warunkach instalacyjnych, nie uzasadnia niezgodności treści oferty przystępującego z treścią specyfikacji. Dostrzegł to zamawiający przyznając odwołującemu wyższą ocenę w kryterium oceny technicznej. Dokonując oceny w tym kryterium zamawiający wziął uwzględnął literalną treść swoich wymagań i deklaracji zawartych w ofercie przystępującego. Zamawiający przewidział wybór oferty na podstawie kryteriów ceny (waga 80%) i odnoszącego się do przedmiotu zamówienia kryterium parametrów technicznych (waga 20%). W wyniku oceny ofert zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wyższa ocena w kryterium ceny oferty przesądziła o wyborze oferty przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego – koszt biletów lotniczych zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała ten koszt za uzasadniony – obecnie brak jest możliwości dogodnego dojazdu z miasta siedziby zamawiającego innym środkiem transportu, w dniu rozprawy na wyznaczoną godzinę, bez konieczności ponoszenia kosztów noclegu w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....



