

WYROK
z dnia 2 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2019 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **Mylab Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku**, w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **M. Z.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Humancare Polska M. Z. w Dzierżoniowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **TransCom International S. Ś., W. F. sp. j. z siedzibą w Paczkowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą zwrot kosztów postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp”), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę przenośnych elektronicznych analizatorów do wstępnego wykrywania w ślinie badanych środków działających podobnie do alkoholu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2019r. pod numerem 2019/S 078-185427.

Zamawiający w dniu 7 czerwca 2019r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Humancare Polska z siedzibą w Dzierżoniowie (dalej: „Przystępujący nr 1”).

Wykonawca – Mylab sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 17 czerwca 2019r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego nr 1 i oferty wykonawcy Transcom International S. Ś., W. F. Sp. j. z siedzibą w Paczkowie (dalej: „Przystępujący nr 2”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak odrzucenia ofert wykonawców, których oferty były niezgodne z następującymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”):

1) punkt IV SIWZ - sam opis przedmiotu zamówienia wymaga, aby treść oferty obejmowała „przenośny elektroniczny analizator”, a nie, tak jak w kwestionowanych ofertach, jednorazowy tester narkotykowy wraz z elektronicznym urządzeniem do odczytu i obróbki danych z tego testu;

2) punkt 4 tiret 4 załącznika nr 2 do SIWZ - postanowienie wymaga, aby dostarczonych było 150 sztuk kaset (próbników), które umożliwią pobranie próbki śliny od badanego oraz analizę tej próbki w urządzeniu, tymczasem oferowane w kwestionowanych ofertach produkty dają wyniki już na kasecie (próbniku) i żadna analiza nie jest wykonywana w samym urządzeniu (analizatorze), a jedynie dokonywany jest w urządzeniu odczyt wyniku widocznego już wcześniej na zewnętrznym, jednorazowym teście narkotykowym.

3) punkt 3 podpunkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ - postanowienie stanowi, że analiza próbki będzie dokonywana w samym urządzeniu (analizatorze) po włożeniu do niego kasety (próbnika) ze śliną, tymczasem oferowany produkt daje wynik już na kasecie (próbniku) i żadna analiza nie jest wykonywana w samym urządzeniu (analizatorze), a jedynie dokonywany jest w urządzeniu odczyt wyniku widocznego już wcześniej na zewnętrznym jednorazowym teście narkotykowym.

Sygn. akt KIO 1106/19

4) punkt 3 podpunkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ — postanowienie wymaga, aby badanie mogło być wykonane w warunkach nielaboratoryjnych, np. w warunkach kontroli drogowej, tymczasem wykonywanie analizy próbki śliny poza urządzeniem (analizatorem) może spowodować zniekształcenie wyników.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego nr 1,
2. odrzucenia ofert Przystępującego nr 1 oraz nr 2,
3. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z oględzin urządzeń oferowanych przez Przystępującego nr 1 oraz nr 2 oraz zaprezentowania sposobu działania tych urządzeń na okoliczność dokonywania badania próbek śliny w samym urządzeniu albo poza tym urządzeniem.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że zarówno Przystępujący nr 1 oraz nr 2 zaoferowali jednorazowe testery narkotykowe, które dokonują badania i pokazują wyniki poza urządzeniem (analizatorem). W przypadku obu tych produktów analiza próbki śliny nie jest dokonywana w samym elektronicznym urządzeniu, a służy ono jedynie do odczytu ustalonego już wcześniej wyniku i obróbki tych danych. Nie są to więc elektroniczne analizatory do badania próbek śliny pobranych za pomocą próbnika (kasety), ale niezależne i jednorazowe testery narkotykowe dokonujące wykrywania substancji zabronionych poza urządzeniem (analizatorem).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem IV SIWZ przedmiotem zamówienia jest „dostawa przenośnych elektronicznych analizatorów do wstępnego wykrywania w ślinie osób badanych środków działających podobnie do alkoholu...”. Podkreślił, że sformułowanie „elektronicznych analizatorów” jest kluczowe w niniejszej sprawie. Z tego sformułowania wynika, że samo urządzenie do przeprowadzania badania musi mieć cechę urządzenia elektronicznego i funkcję analizowania próbek śliny. Tymczasem urządzenia oferowane w kwestionowanych ofertach są niezależnymi i jednorazowymi testerami narkotykowymi, które dają wynik badania bez udziału samego urządzenia elektronicznego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał w punkcie 4 tiret 4 załącznika nr 2 do SIWZ dostawy zestawu 150 sztuk kaset testowych „umożliwiających pobranie próbki śliny od badanego oraz analizę tej próbki w urządzeniu.”. Natomiast punkt 3 podpunkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ wskazuje wyraźnie, że wymagany jest „czas trwania analizy próbki śliny od chwili wprowadzenia kasety (próbniaka) do urządzenia maksymalnie 10 min.”. Oba te postanowienia SIWZ wymagają wprost, aby pobrana ślina była analizowana w samym urządzeniu do tego przeznaczonym, a nie na zewnątrz (w zwykłym, jednorazowym teście narkotykowym).

Sygn. akt KIO 1106/19

Tymczasem kwestionowane oferty przewidują, że to zewnętrzne testy narkotykowe wykonują badanie (bez udziału urządzenia elektronicznego) i dają wyniki poza właściwym urządzeniem. Natomiast samo urządzenie elektronicznie w kwestionowanych ofertach, jest wyłącznie czytnikiem wyników jednorazowych testów narkotykowych i jedynie ułatwia zarządzanie danymi, natomiast nie przyczynia się w żaden sposób do analizy próbki, zatem nie spełnia wymogów SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że od strony technicznej podstawowa różnica między czytnikami jednorazowych testów narkotykowych oferowanymi w kwestionowanych ofertach, a elektronicznym analizatorem jest taka, że analizator przeprowadza analizę próbki, tworząc kontrolowane środowisko do przeprowadzenia testu narkotykowego, a kwestionowane testery są technicznie prostszymi urządzeniami, których wyniki są dopiero przenoszone na elektroniczny czytnik nie pełniący funkcji analizatora. Jest to niezwykle ważne ze względu na fakt, że wszystkie testy narkotykowe opierają się na użyciu przeciwciał, które są bardzo wrażliwe na czynniki zewnętrzne i przeprowadzenie testu w nieodpowiednich warunkach może znacznie wpłynąć na jego wynik. Po włożeniu próbki do analizatora elektronicznego rozpoczyna się w pełni zautomatyzowany proces. Analizator odciąga próbkę śliny z próbki, miesza ją z płynem buforującym aż do momentu uzyskania homogenicznego roztworu oraz aplikuje próbkę na paski testujące. Analizator elektroniczny wyposażony jest także w czujnik przechylenia. Dzięki temu czujnikowi test zawsze jest przeprowadzony w odpowiedniej pozycji. Jest to niezwykle ważne, ponieważ brak kontroli przechylenia podczas przeprowadzania testu powoduje nierównomierne rozmieszczenie próbki śliny na pasku testującym, co z kolei przekłada się na ilość błędnie przeprowadzonych testów oraz wiarygodność wyników. Ponadto analizator elektroniczny odczytuje i monitoruje temperaturę kasety testującej podczas procedury testu i jeżeli jest taka potrzeba, podgrzewa ją. Analizator nie pozwoli na przeprowadzenie testu w nieodpowiedniej temperaturze, jako że jest to czynnik najważniejszy przy przeprowadzaniu testów narkotykowych (przeciwciała użyte w testach narkotykowych są bardzo wrażliwe na temperaturę). Odpowiednia temperatura wpływa na intensywność wybarwienia linii, która później jest interpretowana jako wynik pozytywny lub negatywny. Brak kontroli temperatury, szczególnie w warunkach kontroli drogowej w warunkach klimatycznych występujących w Polsce, powoduje wysokie ryzyko niezgodności wyniku.

Podkreślił także, że niezależne testy narkotykowe oferowane przez Przystępującego nr 2 sprzedawane są od ok. 10 lat (również do Policji) do użycia jako niezależne testy jednorazowe, bez konieczności użycia elektronicznego czytnika. Są to jednak zamówienia, w których przedmiot zamówienia jest inny, gdyż nie dotyczy urządzeń będących elektronicznymi analizatorami, do których aplikuje się badane próbki śliny.

Końcowo Odwołujący wskazał na wymóg punktu 3 podpunkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ, aby badanie mogło być wykonane w warunkach nielaboratoryjnych, np. w warunkach kontroli

Sygn. akt KIO 1106/19

drogowej. Przeprowadzanie analizy próbek śliny poza urządzeniem może niekorzystnie wpłynąć na wynik badania w złych warunkach atmosferycznych. Wpływ na to mogą mieć zniekształcenia pochodzące ze środowiska, a także, przykładowo powołana wyżej w odwołaniu, temperatura przeprowadzonego badania. Dodatkowo na zniekształcenie wyników badania może mieć wpływ dwuczęściowa budowa testera oferowanego przez Przystępującego nr 1. Zaznaczyć należy, że dwuczęściowe jednorazowe testery narkotykowe w prowadzonych przez jednostki policji na przestrzeni ostatnich 10 lat były bezwzględnie niedopuszczalne, ponieważ ich użycie nie gwarantuje możliwości bezpiecznego i higienicznego wykonania badania w warunkach kontroli drogowej.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że nie można porównywać funkcjonalności i ceny zwykłych czytników testów jednorazowych do funkcjonalności i ceny elektronicznych analizatorów próbek śliny. Są to całkowicie dwa odrębne rodzaje urządzeń do badania zawartości substancji zabronionych w ślinie. Testy jednorazowe wraz z czytnikami są urządzeniami mniej zaawansowanymi technicznie i obarczone są znacznie większą możliwością wystąpienia błędów lub brakiem wykrycia obecności substancji zabronionych niż przenośne analizatory, które zawierają zaawansowane rozwiązania techniczne zastosowane w samych urządzeniach, gwarantujące najwyższą wykrywalność i minimalizujące możliwość wystąpienia błędów w badaniu.

Przystępujący nr 1 w piśmie procesowym z dnia 26 czerwca 2019r. wniósł o oddalenie odwołania, uznając zarzuty za bezzasadne. Wskazał, że zaoferowane przez niego urządzenie AquilaScan WDTP-10 odpowiada warunkom technicznym opisanym w załączniku nr 2 do SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Sygn. akt KIO 1106/19

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców Humancare Polska z siedzibą w Dzierżoniowie oraz wykonawcę TransCom International S. Ś., W. F. sp. j. z siedzibą w Paczkowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zgodnie z rozdziałem IV punkt 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa przenośnych elektronicznych analizatorów do wstępnego wykrywania w ślinie osób badanych substancji działających podobnie do alkoholu – w ilości 93 zestawów w ramach zamówienia podstawowego (gwarantowanego) oraz do 17 zestawów w ramach zamówienia opcjonalnego. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku numer 2 do SIWZ – Specyfikacja techniczna.

Zamawiający w dniu 8 maja 2019r. na pytanie wykonawcy: „Czy dopuszczone będzie urządzenie, które zamiast kasety testującej, wykorzystuje niezależny jednorazowy test narkotykowy, o budowie dwuczęściowej (po pobraniu śliny, próbnik wkręca się do testu jednorazowego poza analizatorem, a następnie wynik uzyskany z tego testu odczytywany jest przez urządzenie (...))” odpowiedział: „Zamawiający wyjaśnia, że na obecnym etapie postępowania przetargowego nie dokonuje oceny i badania rozwiązań, które mogą zostać zaproponowane przez wykonawców. Jednocześnie Zamawiający informuje, że oferowane urządzenie musi spełniać wszystkie techniczno-użytkowe wymagania, wyszczególnione w specyfikacji technicznej urządzenia.”

W załączniku do formularza ofertowego stanowiącego charakterystykę techniczną urządzenia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w kolumnie „potwierdzenie spełnienia wymagania” zaznaczyli właściwą odpowiedź spośród „spełnia/nie spełnia”.

Przystępujący nr 1 zaoferował urządzenie marki Shenzhen Well Electric CO.,LTD model Aquilascan WDTP-10. Zgodnie z kartą katalogową dołączoną do oferty urządzenie Aquilascan WDTP-10 to analizator narkotyków. Ponadto z karty tej wynika, że jest to profesjonalne urządzenie do wykonywania testów na obecność narkotyków w warunkach nielaboratoryjnych osoby badanej – np. w warunkach kontroli drogowej. Test na obecność narkotyków polega na pobraniu próbki śliny przy użyciu specjalnego próbnika dołączonego do zestawu testowego – kasety testującej i (po upływie czasu podanego na instrukcji ok. 3 minut) weryfikacji/analizy za pomocą analizatora.

2) Przystępujący nr 2 urządzenie WipeAlyser firmy Securetec Niemcy. Zgodnie z kartą katalogową: jest to przenośne urządzenie do obiektywnej analizy i dokumentowania wyników badań na zawartość narkotyków w ślinie osób badanych. Idealne do pracy w warunkach

Sygn. akt KIO 1106/19

drogowych. Ponadto czas trwania analizy wskazany przez wykonawcę w formularzu stanowiącym załącznik do formularza oferty wynosi 8 minut.

Izba zważyła:

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Ponadto wskazać należy, iż odrzucenie oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa.

Odwołujący wskazywał na niezgodność urządzeń zaoferowanych przez Przystępującego nr 1 oraz nr 2 z następującymi punktami specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ:

- 1) pkt 3 ppkt 6: czas trwania analizy próbki śliny od chwili wprowadzenia kasety (próbnika) do urządzenia maksymalnie 10 minut;
 - 2) pkt 3 ppkt 2: urządzenie jest przystosowane do pobrania śliny od osoby badanej w warunkach nielaboratoryjnych – np. w warunkach kontroli drogowej;
 - 3) pkt 4 ppkt 4: zestaw 150 kaset testowych umożliwiających pobranie próbki śliny od badanego oraz analizę tej próbki w urządzeniu
- oraz wywodził, że zaoferowane urządzenia nie są analizatorami tylko czytnikami.

Izba oceniając zasadność postawionych zarzutów dotyczących zgodności złożonych przez Przystępującego nr 1 oraz nr 2 ofert ze wskazanymi wyżej zapisami specyfikacji technicznej stwierdziła, że wbrew stanowisku Odwołującego oferty te spełniają wymogi w nich zawarte, a w konsekwencji oferty nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z kartami katalogowymi producenta urządzeń, złożonymi Zamawiającemu przez Przystępujących urządzenia AquilaScan oraz WipeAlyser stanowią elektroniczne analizatory do badania próbki śliny. Okoliczność, że

Sygn. akt KIO 1106/19

urządzenie AquilaScan jest analizatorem potwierdza również dowód przedłożony przez Odwołującego (nr 1). Nie są zaś jak wskazywał Odwołujący czytnikami. Ponadto obaj wykonawcy, zgodnie z wymogami SIWZ, potwierdzili w załączniku do formularza oferty spełnienie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego warunków technicznych urządzenia, w tym wymóg dotyczący czasu trwania analizy, możliwości przeprowadzenia badania w warunkach nielaboratoryjnych oraz wymogu, aby urządzenie umożliwiło pobranie próbki śliny od badanego i jej analizę w urządzeniu.

Należy zauważyć, że Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował pojęcia analizy, ani też nie opisał w sposób szczegółowy jak proces badania próbki śliny ma przebiegać lub w jakiej technologii ma się odbywać. Co istotne Zamawiający udzielając odpowiedzi w dniu 8 maja 2019r. na zadane przez jednego z wykonawców pytanie wprost wskazał, że dopuszcza wszelkie rozwiązania w tym zakresie, zaznaczając przy tym, że urządzenie musi spełniać wszystkie wymogi techniczne. Zamawiający oczekiwał więc, aby dostarczone urządzenia umożliwiały analizę wyniku w sposób niepozostawiający wątpliwości co do jego treści, nie zaś jak wskazywał Odwołujący, aby cały proces badania próbki śliny przebiegał w urządzeniu. Powyższe stanowisko Odwołującego stanowi nadinterpretację zapisów specyfikacji, nieznajdujące w niej oparcia. W konsekwencji, uwzględniając zarówno zapisy załącznika nr 2 do SIWZ, oraz wymagania dotyczące sposobu wypełniania formularza stanowiącego załącznik do formularza oferty, skład orzekający Izby stwierdził, że oferty Przystępującego nr 1 oraz nr 2 są zgodne z wymogami SIWZ, w związku z czym nie podlegają odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się także do stanowiska Odwołującego, że Przystępujący nr 2 zaoferował jednorazowe testy narkotykowe, to wskazać należy, że z oferty w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że zaoferował testy jednorazowe wraz z analizatorami służącymi do analizy wyniku (zestaw) zgodnie z wymogami SIWZ.

Reasumując powyższe, zdaniem składu orzekającego Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do odrzucenia ofert Przystępujących nr 1 oraz nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp oddaliła wniosek o przeprowadzenie oględzin urządzeń oferowanych przez Przystępującego nr 1 oraz nr 2 uznając wniosek ten za bezprzedmiotowy z uwagi na ustalenie, że postanowienia SIWZ nie wskazywały na wymóg określonego sposobu działania analizatorów. Z tych samych względów oddalony został dowód nr 4 i 6 stanowiący filmy prezentujące sposób działania urządzeń zaoferowanych przez Przystępujących.

Izba postanowiła oddalić także wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na to, iż do rozstrzygnięcia sprawy nie są konieczne wiadomości specjalne, wymagające wiedzy biegłego, a wniosek został powołany dla zwłoki.

Sygn. akt KIO 1106/19

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: