

Sygn. akt: KIO 2465/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2011 r. przez **Roberta Pałka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Redlife Robert Pałka, ul. Ułanów 7, 20-554 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków**

przy udziale wykonawcy **COVIDIEN Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2465/11 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roberta Pałka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Redlife Robert Pałka, ul. Ułanów 7, 20-554 Lublin** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 2465/11**

## **U z a s a d n i e n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „Dostawę, montaż i uruchomienie aparatury medycznej w ramach inwestycji „*Modernizacja Oddziału Chirurgicznego w Uniwersyteckim Szpitalu Dziecięcym w Krakowie*” numer sprawy MZP-271-2/150/2011” - grupa 3 (Pulsoksymetr w ilości 32 szt.), zostało wszczęte przez Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 189-308593 w dniu 01.10.2011 r.

W dniu 08.11.2011 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, tj. wyborze: COVIDIEN Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa zwane dalej: „*COVIDIEN Polska Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” oraz wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”: „*złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania*”, a w konsekwencji odrzuceniu oferty Roberta Pałka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Redlife Robert Pałka, ul. Ułanów 7, 20-554 Lublin zwanego dalej: „*Robert Pałka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Redlife Robert Pałka*” albo „*Odwołującym*”. Jako uzasadnienie powyższego Zamawiający wskazał, iż Odwołujący zaoferował w niniejszym postępowaniu pulsoksymetr IP1010 produkcji Infunix Technology Co., Ltd w parametrach wymaganych pkt. 3.3 perfuzja wpisał wymaganą przez Zamawiającego wartość 0,02 - 20% natomiast dostępne materiały informacyjne dotyczące oferowanego pulsoksymetru podają perfuzję - 0,05 - 20 %, która nie została dopuszczona przez Zamawiającego.

W dniu 17.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Robert Pałka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Redlife Robert Pałka na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 17.11.2011 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp w szczególności: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1 oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez: zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że Odwołujący nie złożył nieprawdziwych

informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. unieważnienie czynności wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty; 3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; 4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; ewentualnie 5. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty. Odnośnie zaniechania wezwania do wyjaśnień, Odwołujący wskazał, że informacje zawarte w złożonej przez niego ofercie są zgodne z rzeczywistością - zaoferowane przez Odwołującego pulsoksymetry IP1010 spełniają określone w SIWZ wymagania Zamawiającego, w tym także wymagania dotyczące wskaźnika „perfuzja” w zakresie 0,02% - 20%. Odwołujący dołączył do oferty wypełniony załącznik nr 3/3 do SIWZ *Specyfikacja techniczna - zestawienie wymaganych parametrów technicznych -pulsoksymetr* oraz Opis oferowanego urządzenia. W obu przywołanych dokumentach podano, iż wskaźnik perfuzji dla oferowanego pulsoksymetru wynosi 0,02% - 20% - która to wartość jest zgodna z wartością wymaganą przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej. Powyższa informacja jest z oświadczeniem jakie uzyskał Odwołujący od producenta pulsoksymetrów model IP 1010 firmy Infunix Technology Co., Ltd. Zgodnie oświadczeniem producenta 32 sztuki pulsoksymetrów model IP 1010, które zostaną dostarczone Zamawiającemu będą spełniały w pełni wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Producent oferowanych urządzeń w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości potwierdził, iż „*Ofeered parameter by Infunix (confirm if yes or write if different)*” - *Parametry oferowane przez Infunix (potwierdzić jeśli tak lub opisać jeśli inne)* podał „*yes: 0.02 - 20%*” („*tak: 0,02% - 20%*”). Stanowczego podkreślenia zatem wymaga, iż informacja, że zaoferowane przez Odwołującego pulsoksymetry model IP 1010 posiadają wskaźnik perfuzji w zakresie 0.02% - 20% jest zgodna ze stanem istniejącym w rzeczywistości. Tym samym informacji tej nie sposób uznać za informację nieprawdziwą w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika bowiem z orzecznictwa KIO, nieprawdziwa informacja to taka, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości (tak np. w wyroku KIO z dnia 06.08.2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10, wyrok KIO z dnia 10.06.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09,669/09). Jeżeli, zaś Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do wskazanych w ofercie Odwołującego wartości dotyczących wskaźnika „*perfuzja*” powinien był zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w tym zakresie w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, a nie wykluczać go z udziału w postępowaniu. Żądanie wyjaśnień co do treści złożonej oferty nie jest co prawda obowiązkiem Zamawiającego, jednakże jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający winien skorzystać z takiej możliwości w każdej sytuacji gdy zaistnieją ku temu przesłanki. Na gruncie przedmiotowej sprawy przesłanki takie niewątpliwie wystąpiły. Zaniechanie dokonania przez

Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty uniemożliwiło Odwołującemu wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego i w efekcie doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Bezsprzeczne jest zatem, iż Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenie szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 87 ust. 1 Pzp. Przywołał m.in. wyrok KIO z dnia 30.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 321/10, czy też wyrok KIO z dnia 13.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2145/10. Odnośnie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia przywołał wyrok KIO z dnia 17.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1658/11. Podniósł, że tak, jak jednoznacznie wykazano w uzasadnieniu niniejszego odwołania, informacje zawarte w ofercie Odwołującego są zgodne ze stanem rzeczywistym, a zatem jako takie nie stanowią informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego nie wystąpiły przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zatem wykluczenie Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o wyżej wskazany przepis było działaniem pozbawionym tak podstawy faktycznej jak i prawnej. Odnosząc się do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, nie sposób również pominąć okoliczności, iż uzasadniając podjętą decyzję Zamawiający ograniczył się jedynie do lakonicznego stwierdzenia, iż *„dostępne materiały informacyjne dotyczące oferowanego pulsoksymetru podają perfuzję -0,05 - 20% (nie dopuszczoną przez Zamawiającego).”* Nie wskazał on natomiast o jakie materiały informacyjne konkretnie chodzi, co uniemożliwiło Odwołującemu odniesienie się do nich. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której Odwołujący został wykluczony z postępowania jedynie na podstawie będących w dyspozycji Zamawiającego materiałów informacyjnych, bez możliwości jakiegokolwiek ustosunkowania się do ich wiarygodności. Tym samym, za zasadną należy uznać tezę, iż Zamawiający nie udowodnił w sposób nie budzący wątpliwości zaistnienia przesłanek wykluczenia, czym naruszył wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto, zauważył, iż bezpodstawne wykluczenie Odwołującego, które było skutkiem zaniechania przez Zamawiającego podjęcia określonych działań, doprowadziło do wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia - złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę (jedynym kryterium oceny ofert na gruncie przedmiotowego postępowania była cena - waga kryterium 100%) oraz wyboru oferty droższej od oferty Odwołującego o około 20 tysięcy złotych. Jak wynika bowiem z zestawienia ofert przekazanego Wykonawcom dnia 24.10.2011 r. Odwołujący zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia - 76.032,00 zł. natomiast Wykonawca, którego oferta

została wybrana jako najkorzystniejsza - COVIDIEN Polska sp. z o.o. zaoferował cenę na poziomie 95.904,00 zł.

Zamawiający w dniu 18.11.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) COVIDIEN Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał inicjalnie w zestawieniu parametrów technicznych dla pulsoksymetrów: Lp. 2 - Mierzone i prezentowane parametry Podpunkt 2.3 - Perfuzja. W toku prowadzonego postępowania Zamawiający dopuścił także urządzenia posiadające wskaźnik perfuzji w zakresie 0,03-20% (odpowiedzi Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r.). Ponadto wymogiem technicznym był Lp. 3 - Zakres mierzonych parametrów Podpunkt 3.3 - Perfuzja 10,02-20%. Zważenia wymaga tymczasem, że urządzenie oferowane przez Robert Pałkę Redlife to produkt o numerze katalogowym IP-1010, produkowane przez firmę Infunix Technology Co., Ltd. Na stronie producenta nie ma informacji na temat zakresu mierzonej/prezentowanej perfuzji. Ponadto biorąc pod uwagę zdjęcia produktu z oryginalnej strony producenta, stwierdzić należy, że pomiar perfuzji nie jest w przypadku tego urządzenia realizowany w ogóle, zarówno w formie cyfrowej, jak i w postaci wskaźnika (zgodnie z odpowiedziami z dnia 12.10.2011 r.). Fakt ten potwierdza zdjęcie produktu, gdzie prezentowane są jedynie wartości pulsu, saturacji oraz krzywa pletyzmograficzna. Dodatkowo podniósł, że na stronach firm oferujących jednostkowe urządzenie, znajduje się informacja o pomiarze (nie prezentacji) perfuzji w zakresie 0,05-20%, co nie jest zgodne z żadnym z zakresów wymaganych przez Zamawiającego. Konkludując stwierdził, że produkt o numerze katalogowym IP 1010 oferowany przez Robert Pałkę Redlife nie spełnia jednego z podstawowych wymogów Zamawiającego, a mianowicie prezentacji perfuzji (wskaźnik lub liczba), a ponadto zakres oferowanego parametru jest rozbieżny z wymaganiami jednostkowego postępowania. Dowód (zdjęcia oferowanego produktu; wydruk ze strony internetowej dotyczącej oferowanego produktu). Mając powyższe na względzie zasadne było wykluczenie Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 23.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu.

W dniu 24.11.2011 r. (faxem) Prezes KIO wezwał COVIDIEN Polska Sp. z o.o. na podstawie § 13 ust.2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r.

w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni. Do otwarcia, w dniu 29.11.2011 r. posiedzenia Przystępujący po stronie Zamawiającego wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego, do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust.3-5 Pzp, sprzeciwu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie, uznając, iż zachodzą przesłanki do wydania postanowienia w przedmiocie umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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:**

.....