

Sygn. akt: KIO 1326/11

WYROK

z dnia 4 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lipca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 r. przez **Odwołującego** - "Comesa Polska" Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne, al. W. Witosa 26, 45-418 Opole.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - "Comesa Polska" Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - "Comesa Polska" Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - "Comesa Polska" Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne, al. W. Witosa 26, 45-418 Opole, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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 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 Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne, Al. Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę odczynników i materiałów eksploatacyjnych do koagulologii wraz z dzierżawą dwóch analizatorów.

Ogłoszenie o przedmiotowym przetargu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.04.2011 r. pod numerem 2011/S 72-117815.

W trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający między innymi udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców.

W piśmie z dnia 29 kwietnia 2011 r. o treści prosimy o wyjaśnienie czy zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie dwóch identycznych analizatorów posiadających możliwość swobodnego dodawania próbek w trakcie pracy lecz bez możliwości dodawania odczynników i kuwet w trakcie pracy aparatu Zamawiający odpowiedział, że wyraża zgodę, (pytanie 3).

W tym samym piśmie na pytanie czy Zamawiający dopuści analizator z możliwością swobodnego doładowania próbek i kuwet w trakcie pracy analizatora lecz z możliwością doładowywania odczynników w przerwach pomiędzy pomiarami wyposażonego w 40 chłodzonych pozycji odczynnikowych? udzielił on odpowiedzi: Zamawiający wyraża zgodę, (pytanie 6).

Poza tym na pytanie czy zamawiający dopuści analizator zastępczy bez możliwości swobodnego załadowania odczynników podczas pracy analizatora? odpowiedział: tak. (pytanie 11).

Kolejne wyjaśnienia zawarł w piśmie z dnia 5 maja 2011 roku, w którym wyjaśnił, że w odpowiedzi nr 13 określa, iż na analizatorze back-up będzie pracował tylko w przypadku awarii analizatora podstawowego, a na prośbę o wyjaśnienie: czy Zamawiający dopuści analizator back-up bez możliwości swobodnego dodawania próbek w trakcie pracy aparatu? udzielił odpowiedzi, że Zamawiający dopuszcza również proponowany analizator, (pytanie 2.2).

Natomiast w tym samym piśmie wyjaśnił również w nawiązaniu do wystąpienia wykonawcy w związku z odpowiedziami z dnia 29.04.2011 r. z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia, iż w odpowiedzi nr 1 Zamawiający dopuszcza analizator back-up o wydajności 140 oznaczeń PT na godzinę oraz 115 oznaczeń APT T na godzinę. Na pytanie czy w związku z tym Zamawiający wymaga aby analizator back-up spełniał minimalne wydajności t. 140 oznaczeń PT na godzinę oraz 115 oznaczeń APTT na godzinę? odpowiedział: Zamawiający nie stawia takiego wymogu, (pytanie 1).

W dniu 13 czerwca 2011 roku Odwołujący - Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa powziął wiadomość o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w przedmiotowym postępowaniu stosownie do art. 89 ust.1 pkt.1 ustawy Prawo zamówień publicznych i unieważnieniu przedmiotowego postępowania na zasadzie art.93 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp.

W swoim uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że „wymagał w pkt. 13 warunków technicznych: Możliwość swobodnego dodawania: odczynników, próbek, kuwet w trakcie pracy aparatu. W odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy Zamawiający dopuścił możliwość swobodnego dodawania próbek w trakcie pracy lecz bez możliwości dodawania odczynników i kuwet w trakcie pracy aparatu jedynie w przypadku zaoferowania dwóch identycznych analizatorów. Wykonawca zaoferował dwa różne analizatory tj. analizator podstawowy Typ - ACL Top 500 oraz analizator pomocniczy Typ ACL 7000, który nie spełnia warunku: „Możliwość swobodnego dodawania: odczynników, próbek, kuwet w trakcie pracy aparatu”.

Jednocześnie swoje rozstrzygnięcie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania Zamawiający motywował nie złożeniem żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i w dniu 22.06.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Twierdził, że odwołanie dotyczy następujących czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. odrzucenia jego oferty i zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyżej wymienionym czynnościom i zaniechaniu Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie,
5. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie.

Nadto wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny w zakresie jego oferty,
2. dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy,
3. zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podczas gdy w uzasadnieniu jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co oznacza, że ewentualnie podstawą prawną decyzji Zamawiającego powinien być art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył również, że w związku z wyjaśnieniami udzielanymi przez Zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania zaoferował on analizator podstawowy ACL Top 500 z możliwością dodawania zarówno odczynników, jak i próbek oraz kuwet w trakcie pracy aparatu oraz jako zapasowy - analizator ACL 7000. Zaznaczył, że analizator zapasowy nie ma możliwości dodawania odczynników, próbek i kuwet w trakcie pracy aparatu. Według Odwołującego treść powołanych wyjaśnień Zamawiającego pozwalała na przyjęcie, że zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie analizatora back-up bez możliwości dodawania odczynników, próbek i kuwet w trakcie pracy aparatu.

Wywodził, że dla wykonawców wiążąca jest treść SIWZ, ogłoszenia oraz stosownych wyjaśnień w zakresie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, które w pierwszym rzędzie powinny podlegać wykładni (gramatycznej) językowej, a nie intencji Zamawiającego nie znajdującej odzwierciedlenia w treści dokumentów.

Zdaniem Odwołującego powoływanie się przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty - na oryginalną treść warunku (pkt. 13), którego nie spełnia oferowany

analizator pomocniczy ACL 7000: „Możliwość swobodnego dodawania odczynników, próbek, kuwet w trakcie pracy aparatu” nie ma racji, bowiem z cytowanych powyżej wyjaśnień wymóg zawarty w pkt.13 był wielokrotnie liberalizowany, tak iż w istocie można uznać, że został z jego oryginalnego brzmienia zaledwie wymóg swobodnego ładowania próbek w trakcie pracy i to tylko dla analizatora podstawowego.

Uważał, że nie znajduje odbicia w treści pkt. 13., zarówno oryginalnej, jak i późniejszych do niego wyjaśnień, pojawiające się w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty stwierdzenie iż „Zamawiający dopuścił możliwość swobodnego dodawania próbek w trakcie pracy aparatu lecz bez możliwości dodawania odczynników i kuwet jedynie w przypadku zaoferowania dwóch identycznych analizatorów”.

Ostatecznie zaznaczył, że termin "jednakowe analizatory" pochodzi wyłącznie z treści zapytań jednego z oferentów (taka była właśnie jego oferta), a nie wynika z żadnej odpowiedzi Zamawiającego, ani tym bardziej oryginalnych zapisów SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań wykonawców skierowanych do Zamawiającego i udzielonych na nie odpowiedzi, 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.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.89 ust.1 i 2, art. 91 ust 1, art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest kwestia oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć kwestię podniesionego przez Odwołującego zarzutu nieprawidłowo powołanej podstawy prawnej decyzji o wyniku przetargu. Zdaniem Izby błędne powołanie przez Zamawiającego podstawy prawnej, przy nie budzącym wątpliwości wskazaniu rozstrzygnięcia przetargu z podaniem przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego nie stanowi dostatecznej podstawy do uwzględnienia odwołania.

W dalszej części Izba ustaliła, że zaoferowany przez Odwołującego produkt nie odpowiadał parametrom granicznym wymaganym dla analizatora podstawowego i back – up opisanych przez Zamawiającego w pkt 13 tego wykazu z SIWZ.

Zaoferowany analizator back – up nie spełniał wymogów SIWZ, bowiem oferta Odwołującego na stronie 5 zawierała zastrzeżenie w opisie oferowanego parametru – tak, za wyjątkiem aparatu back – up (zgodnie z odpowiedziami z dnia 5.05.2011r.). Zastrzeżenie to zdaniem Izby oznaczało, że zaoferowany analizator nie odpowiada treści SIWZ, bowiem aparat back – up nie ma możliwości swobodnego dodawania kuwet w trakcie pracy aparatu.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający dokonywał faktycznej zmiany SIWZ poprzez udzielone odpowiedzi. Jednak odpowiedzi te były kierowane w odniesieniu do konkretnych pytań wykonawców określających ściśle ich zakres. Takie pytania również kierował Odwołujący do Zamawiającego pierwotnie zakładając zaoferowanie innego urządzenia zastępczego.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że instytucja wyjaśnień treści SIWZ określona w art.38 ust.1 ustawy Pzp ma na celu usuwanie wszelkich wątpliwości związanych z treścią SIWZ, a nie generowanie tych wątpliwości. Musi być ona stosowana w sposób nie naruszający zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie może stwarzać jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych.

Zdaniem Izby Odwołujący, działając jako profesjonalista, przed złożeniem swojej oferty powinien upewnić się czy potencjalnie zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia będzie odpowiadał treści SIWZ poprzez zadanie pytania dotyczącego parametru przedmiotu zamówienia określonego w pkt 13 SIWZ (parametry graniczne wymagane dla analizatora podstawowego i back - up) w całości, to jest z uwzględnieniem możliwości swobodnego dodawania: odczynników, próbek, kuwet w trakcie pracy aparatu, a nie jedynie kierować pytanie dotyczące wybranego elementu tego parametru, to jest czy Zamawiający dopuści analizator back-up bez możliwości swobodnego dodawania próbek w trakcie pracy aparatu(pismo Odwołującego z dnia 4.05.2011r.) czy też bez możliwości swobodnego

załadowania odczynników podczas pracy analizatora(pismo z dnia 28.04.2011r.). Ten brak docieklivosti Odwołującego przy ustalaniu zakresu wymagań SIWZ spowodował, iż zaoferował on przedmiot zamówienia sprzeczny z jego treścią.

Jednocześnie Izba uważa, iż wobec braku wyraźnej zmiany treści SIWZ w trybie art.38 ust.4 ustawy Pzp w zakresie dopuszczenia analizatora back – up bez możliwości swobodnego dodawania kuwet w trakcie pracy aparatu Odwołujący był związany w pierwszej kolejności niezmienioną treścią SIWZ, a nie odpowiedziami Zamawiającego odnoszącymi się do zaoferowania dwóch identycznych analizatorów. Odwołujący takich dwóch identycznych analizatorów nie zaoferował, nie mógł się zatem powoływać na rezygnację Zamawiającego z wymogów parametru opisanego w pkt 13 wykazu parametrów granicznych SIWZ w stosunku do zaoferowanych dwóch różnych analizatorów innych niż w podanych wyjaśnieniach.

Jeżeli treść udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi była dla Odwołującego niejednoznaczna miał on prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej w celu ustalenia ich treści.

W ocenie Izby nie zasługuje również na uznanie zarzut braku racjonalności postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego kuwet. Przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący musiał się liczyć z postawionymi wymaganiami SIWZ. Jeżeli uważał je za jakiś przyczyn za nieracjonalne, nadmierne czy sprzeczne z prawem mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej na etapie przygotowania SIWZ. Obecnie Izba traktuje ten zarzut jako spóźniony. Nadto Izba przyjęła za wiarygodne złożone na rozprawie wyjaśnienia pełnomocnika Zamawiającego z których wynika, że dwa identyczne analizatory przy tym przedmiocie zamówienia stanowią bardzo dobre rozwiązanie z przyczyn związanych z bezpieczeństwem prowadzenia badań. Okoliczność ta nie była podważana przez Odwołującego.

Poza tym należy zauważyć, iż uznanie przez Izbę swobody interpretacyjnej postanowień SIWZ wraz z pytaniami i udzielonymi na nie odpowiedziami byłoby równoznaczne z akceptacją zachowania Zamawiającego w sposób naruszający zasadę równości i konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym kontekście Izba wskazuje, że Zamawiający powinien wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie na zasadzie arbitralności i uznaniowości, jak chce Zamawiający.

Skoro zatem czynność odrzucenia oferty Odwołującego mieściła się w granicach prawa, a nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, to Izba musiała uznać zarzut bezzasadności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za chybiony.

W prowadzonym przez Izbę postępowaniu odwoławczym brak było również uzasadnienia do oparcia się na złożonym na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego zestawieniu udzielanych wyjaśnień w trakcie postępowania uznając, że zebrany w sprawie materiał dowodowy (treść SIWZ, pytania wykonawców i udzielone odpowiedzi) stanowi w całości podstawę do dokonania rozstrzygnięcia.

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 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:.....