

Sygn. akt KIO/2303/10

WYROK
z dnia 3 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Paramedica Polska" Sp. z o.o., 02-815 Warszawa, ul. Żołądy 11** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu medycznego” [sprawa 101/2010] prowadzonym przez zamawiającego - **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **"Paramedica Polska" Sp. z o.o., 02-815 Warszawa, ul. Żołądy 11;**

2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** na rzecz **"Paramedica Polska" Sp. z o.o., 02-815 Warszawa, ul. Żołądy 11,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie, Warszawa – Praga.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie [pismo z dnia 22 października 2010 r.] zostało wniesione przez wykonawcę - Paramedica Polska sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot określony został jako „Dostawa sprzętu medycznego”. Zamawiający - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie - zdaniem wykonawcy poprzez swe działanie naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. Wskazując na powyższe spółka wniosła o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Medline spółka z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert. W uzasadnieniu podał, że w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, Odwołujący został pozbawiony prawa i możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia a tym samym został naruszony jego interes. Wykonawca wskazał, że w postępowaniu na „Dostawę sprzętu medycznego” w zakresie zadania nr 9 (Respirator transportowy do pracy w warunkach polowych szt. 3) uznano, iż wykonawca - MEDLINE sp. z o. o. złożył ofertę najkorzystniejszą. Analiza oferty złożonej przez tego wykonawcę wykazuje, że zaoferowany respirator MEDUMAT Standard A nie spełnia parametrów granicznych określonych dla respiratorów przeznaczonych do pracy w warunkach polowych, opisanych w załączniku nr 4i do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatytułowanym „Wymagania Taktyczno-Techniczne”. Respirator ten nie licuje bowiem z wymogiem Zamawiającego zawartym w załączniku nr 4i do siwz pkt 1. (Parametry techniczne), lp. 2: (Parametr wymagany) stanowiącym, iż respirator winien mieć „Zasilanie pneumatyczne z przenośnego lub stacjonarnego źródła tlenu o ciśnieniu min. 2,7 - 6,0 bar”. Wymóg zasilania pneumatycznego potwierdzono w kolejnym pkt 3 wymagań, określając parametr graniczny zużycia gazu napędowego poniżej 30 ml/cykl oddechow. W złożonej przez wykonawcę MEDLINE sp. z o.o. ofercie w kolumnie wartość oferowana nie potwierdzono spełnienia przedmiotowego wymagania, podano natomiast, że respirator jest „zasilany bateryjnie, ciśnienie operacyjne 2,7 - 6 bar”. Zatem oferta złożona przez wykonawcę MEDLINE sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ten fakt potwierdza pochodząca od producenta instrukcja obsługi urządzenia oraz sam wykonawca oświadczając, iż oferowane przez niego urządzenie posiada zasilanie bateryjne, tj. odmienne od wymaganego treścią siwz. Na dowód załączył instrukcję obsługi respiratora MEDUMAT Standard A. Zgodnie z tą instrukcją [obsługa respiratora MEDUMAT Standard A] aparat jest zasilany elektrycznie z wewnętrznej baterii litowej (Instrukcja str. 43 p. 7.1 - Baterie, str. 52 p. 10 - Dane techniczne a także str. 53 p. 10.1 - Pneumatyka). Dodatkowo elektroniczne zasilanie aparatu przejawia się faktem, iż aparat jest również

elektronicznie sterowany, cyt. „Bezstopniowo nastawiana częstość oddychania oraz stosunek wdechu do wydechu są regulowane elektronicznie wewnątrz aparatu za pomocą elektronicznych algorytmów sterowania" (Instrukcja obsługi, str. 3 - p. 1.2 „Funkcja sztucznego oddychania"). W przypadku wyczerpania baterii zasilającej respirator MEDUMAT Standard A staje się bezużyteczny i wymaga interwencji serwisowej. Wobec powyższego – zdaniem wykonawcy - nie sposób uznać, że oferowany respirator jest zasilany pneumatycznie w konsekwencji czego bezsporne jest, iż treść oferty firmy MEDLINE sp. z o.o. nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego wyrażonych w siwz i w związku z tym Zamawiający zobligowany był do jej odrzucenia na mocy treści art. 89 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. Odwołujący na potwierdzenie znaczenia korelacji treści oferty i treści siwz powołał się na orzecznictwo i doktrynę, podając, że „(...) oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego". Podał także, że „Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty" i „treść SIWZ" jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejsza w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. (...)". Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że „postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych" i „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji". Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności

ocen, co narusza art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych". Podał także, że „Oferta posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada SIWZ". „Działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w siwz, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji". W konkluzji podkreślił, że Paramedica Polska sp. z o.o. spełniła warunki udziału w postępowaniu złożyła ofertę zgodną z wymogami organizatora przetargu i nie może zostać narażona na negatywne konsekwencje z powodu zaniechania Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, oraz stanowiska stron przedstawione na rozprawie, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Rozpatrując zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r.nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], dotyczący nieodrzczenia oferty wykonawcy - Medline sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej Izba stwierdziła, że zarzut ten jest zasadny.

Tak jak ustaliła Izba, zgodnie z postanowieniami załącznika nr 4i do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [Wymagania taktyczno-techniczne dla respiratora transportowego do pracy w warunkach polowych] - pkt I.2 tabeli, Zamawiający wymagał dla respiratora - zasilania pneumatycznego z przenośnego lub stacjonarnego źródła tlenu o ciśnieniu min. 2,7 - 6,0 bara. Spółka Medline podała w ofercie [załącznik nr 10 str 40], w rubryce „Wartość oferowana” [w miejsce stwierdzenia „tak”, jak w przypadku innych parametrów], że respirator jest „zasilany bateryjnie, ciśnienie operacyjne 2,7 - 6,0 bar”. Tak jak ustaliła Izba aparat zasilany pneumatycznie nie wymaga baterii, ani zasilania elektrycznego. Izba ustaliła także, że żaden z przedkładanych dokumentów [kart informacyjnych, instrukcji obsługi] nie zawiera stwierdzenia, że to urządzenie jest zasilane pneumatycznie. Przedłożona Instrukcja wskazuje, że oferowany aparat MEDUMAT Standard a, pracuje z wewnętrznym zasilaniem energią elektryczną i jest wyposażony w dwie baterie dla energii pomocniczej i dla energii głównej. Także w załączniku do oferty [str 143 –

Parametry] w opisie - wskazano na zasilanie bateryjne, oraz na czas pracy baterii i podano, że w przypadku wyczerpania pojemności jednej z baterii - obie baterie podlegają wymianie. Nigdzie nie zaznaczono, iż bateria stanowią alternatywną formę zasilania dla trybu pracy respiratora. Zatem – w ocenie Izby - praca tego urządzenia bez baterii nie jest możliwa i tym samym dla trybu pracy oferowanego urządzenia baterie [zasilanie bateryjne] - są niezbędne. Izba stwierdziła także, że w żadnym punkcie Instrukcji nie podano np., że oferowany aparat jest zasilany pneumatycznie ze wspomaganie baterijnym. Także twierdzenie Zamawiającego, że czas trwałości baterii rozstrzyga o rodzaju zasilania, w tym zasilania pneumatycznego, nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi dowodami.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W niniejszej sprawie, Zamawiający w toku rozprawy nie wykazał, że oferta wykonawcy – Medline sp. z o.o. w zakresie pkt 2 załącznika nr 10 odpowiada treści specyfikacji. Zgodnie zatem z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, i tym samym oferta sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji podlega odrzuceniu. Odmiennosc ta może przejawiać się, tak jak w niniejszej sprawie, w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada jednemu z parametrów technicznych wymaganych w specyfikacji, a dotyczących - zasilania pneumatycznego. W tym przypadku, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że brak jednoznacznego wykluczenia innego zasilania dla trybu pracy respiratora jest dostateczną podstawą do pozytywnej oceny oferty wskazanego wykonawcy. Izba stoi także na stanowisku, że zamawiający nie może dokonywać oceny ofert w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami. Ocena ofert polegająca na swobodnym traktowaniu wymagań ustalonych w specyfikacji, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalna i w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp a także do udzielenia zamówienia wykonawcy z naruszeniem ust. 3 tego przepisu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła

także § 3 pkt 2 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).

.....