

WYROK

z dnia 27 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Śląskie Centrum Chorób Serca z siedzibą w Zabrze**

przy udziale **wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie numer 1 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ;**
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze - w zakresie niezgodności treści oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z SIWZ, co do braku w oferowanym urządzeniu oprogramowania w języku polskim - z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszego zarzutu;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześć złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca z siedzibą w Zabrze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę pasków do oznaczania parametru INR wraz z dzierżawą urządzeń”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 lutego 2018 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2018 r. pod numerem 2018/S 042-091582.

Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 18 czerwca 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie – w pakiecie numer 1 - na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z SIWZ. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w pakiecie numer 1, odrzucenie oferty ww. wykonawcy w pakiecie numer 1, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2018 r. t.j. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w pakiecie numer 1.

Pismem z dnia 26 czerwca 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: - RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 18 czerwca 2018 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 21 czerwca 2018 r. zgłosił przystąpienie wykonawca RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca z siedzibą w Zabrze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę pasków do oznaczania parametru INR wraz z dzierżawą urządzeń. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 141600 pasków do oznaczania parametru INR zawartych w Pakiecie nr 1 wraz z dzierżawą urządzeń spełniających warunki umieszczone w załączniku nr 6”*.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 2 oraz 3/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Załącznik nr 6 – Parametry techniczne:

- Pkt 12 – Aparat ze zintegrowanym interfejsem USB typu B oraz Bluetooth umożliwiające przesyłanie danych do komputera

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 6, str. 27/

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane przez nich pytania, t.j.:

Pytanie nr 21

Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie czy Zamawiający wymagając zaoferowania aparatu wyposażonego w interfejs USB typu B miał na myśli interfejs micro USB typu B?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 21 z dnia 29 marca 2018 r.

Tak.

Pytanie nr 33

Dotyczy Załącznika nr 6, pakiet 1, pkt 12 – Parametry techniczne. Czy Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie aparatu do pomiaru czasu PT i współczynnika INR wyposażony w złącze mini USB?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 33 z dnia 29 marca 2018 r.

Wyrażamy zgodę.

Pytanie nr 34

Dotyczy Załącznika nr 6, pakiet 1, pkt 12 – Parametry techniczne. Czy Zamawiający wyraża zgodę na przesyłanie danych z aparatu do komputera przy użyciu kabla USB zamiast przez Bluetooth?

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 34 z dnia 29 marca 2018 r.

Wyrażamy zgodę.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedzi Zamawiającego na pytania z dnia 29 marca 2018 r./

W niniejszym postępowaniu w pakiecie nr 1 zostały złożone oferty następujących wykonawców: Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania – pkt 12: Zestawienie ofert, str. 8/

W dniu 8 czerwca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 czerwca 2018 r. /

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 18 czerwca 2018 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 18 czerwca 2018 r. /.

Pismem z dnia 26 czerwca 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2018 r. /.

W dniu 26 czerwca 2018 r. wykonawca RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

/dokumentacja postępowania: Pismo wykonawcy RED MED. POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 26 czerwca 2018 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie niezgodności treści oferty Przystępującego w zakresie braku zintegrowanego interfejsu USB jest zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający w punkcie 12 Załącznika nr 6 do SIWZ (urządzenie do pomiaru INR) w pakiecie nr 1 wymagał dostarczenia analizatora ze zintegrowanym interfejsem USB typu B. W wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 29 marca 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 21, Zamawiający doprecyzował treść SIWZ i wskazał, że wymaga zaoferowania aparatu wyposażonego w interfejs micro USB typu B. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący zaoferował urządzenie qLabs Micropoint, które nie spełniało wymogu granicznego. Analizator nie posiadał zintegrowanego portu micro USB typu B. Owszem urządzenie zaoferowane przez Przystępującego posiadało zintegrowany port do przesyłu danych, jednak urządzenia tego nie można było zaliczyć urządzeń typu USB, co w niniejszym stanie faktycznym jest bezsporne.

Nie budzi wątpliwości Izby to, że wymaganie zawarte w Załączniku nr 6 pkt 12 SIWZ -

co do „zintegrowania interfejsu”- musiało odnosić się do integralności pewnej części z całością, nierozzerwalności, nieodłącznego związania z danym urządzeniem.

Zgodzić należało się z Odwołującym – że wobec tak sformułowanych wymagań – nie wystarczyło zaoferowanie „prześciówki” do portu micro USB (która tylko przejściowo – jak sama nazwa wskazuje – może spełniać swoje funkcje). Nie można zgodzić się z Przystępującym, że pojęcie integralności odnosiło się w sposób ogólny do całego zestawu. W ocenie Izby wymaganie Zamawiającego odnosiło się do *integralności interfejsu*, niewystarczające było np. zaoferowanie gniazda typu *Jack*.

Zgodzić należało się również z Odwołującym, że Zamawiający – poprzez wprowadzone postanowienia SIWZ – chciał uzyskać funkcję analizatora umożliwiającą połączenie z komputerem, niemniej jednak funkcja ta miała być zrealizowana – wobec udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania – za pomocą zintegrowanego interfejsu micro USB typu B (względnie mini USB, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego).

Zgodzić należało się również z Odwołującym, że gdyby Zamawiający oczekiwał jedynie komunikacji z komputerem, bez względu na sposób osiągnięcia swojego celu, to bezzasadnym byłoby powoływanie się na cechę „zintegrowania”, czy też na rodzaj interfejsu, w szczególności w sytuacji dopuszczenia przez Zamawiającego spełnienia tego wymogu za pomocą tzw. „prześciówek”. Stanowisko Odwołującego – w ocenie Izby – potwierdza również odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 21 z dnia 29 marca 2018 r., precyzujące, że Zamawiającemu chodziło o interfejs micro USB, czy odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 33 – odnoszące się do zaoferowania złącza mini USB. Izba również zgodziła się z Odwołującym, że odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 34 z dnia 29 marca 2018 r. nie prowadziła do rezygnacji z wymogu zaoferowania urządzenia ze zintegrowanym interfejsem USB.

Ponadto – co jest istotne w niniejszej sprawie - nie można przy ocenie oferty uwzględniać wyłącznie funkcjonalności oferowanego urządzenia, tak jak wnosi Przystępujący – z jednoczesnym pominięciem wymagań Zamawiającego. Niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wiąże wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz Zamawiającego, który takie wymagania formułuje w SIWZ. Dopuszczenie rozwiązania Przystępującego – w ocenie Izby - byłoby wykroczeniem poza granice określone specyfikacją, nawet jeżeli rozwiązanie przyjęte przez Przystępującego może być stosowane

w praktyce. Wobec jasno brzmiących postanowień SIWZ – w zakresie zintegrowania interfejsu USB typu B – dopuszczenie oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w zaistniałym stanie faktycznym - byłoby złamaniem zasady równości i uczciwej konkurencji. Izba oceniając zgodność oferty wykonawców z treścią SIWZ, nawet z założeniem, że Ustawodawca odszedł od daleko idącego formalizmu postępowania – nie może pomijać jasno brzmiących postanowień SIWZ, które nie dopuszczały jakichkolwiek odstępstw co do wymagań pkt 12 Załącznika nr 6 do SIWZ, a samo założenie, że zaoferowany zestaw będzie w praktyce funkcjonalny nie może być usprawiedliwieniem dla owej niezgodności, nawet jeżeli pod względem funkcjonalnym przyjęte rozwiązanie jest dopuszczalne i stosowane w praktyce. W ocenie Izby opis Zamawiającego – w spornym zakresie – nie pozostawał żadnych odstępstw, Zamawiający nie dopuścił innych rozwiązań poprzez takie sformułowanie SIWZ, zatem przyjęcie oferty Przystępującego na tym etapie byłoby niezgodne ze specyfikacją, z wyznaczonym opisem przez Zamawiającego, niepozostawiającym żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Sama funkcjonalność i użyteczność w praktyce przyjętego rozwiązania nie wystarcza do uznania oferty za najkorzystniejszą, koniecznym jest jeszcze, aby opisane parametry odpowiadały wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ.

Co do zarzutu wycofanego przez Odwołującego, w tym zakresie Izba umorzyła niniejsze postępowanie odwoławcze na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie numer 1 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy RED MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Wobec powyższego mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega uwzględnieniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 3 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b) 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 z późn. zm.), Izba wobec wniesionego sprzeciwu - na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia - zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 18.600 zł.

Przewodniczący:

.....