

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Jolanta Markowska**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20.08.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BIOMERIEUX Polska Sp. z o.o., 01-882 Warszawa, ul. Żeromskiego 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki w Poznaniu, 60-479 Poznań, ul. Juraszów 7/19** protestu z dnia **30 czerwca 2009 r.**

przy udziale **Grażyny Koneckiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą DIAG-MED., 02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BIOMERIEUX Polska Sp. z o.o., 01-882 Warszawa, ul. Żeromskiego 17 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BIOMERIEUX Polska Sp. z o.o., 01-882 Warszawa, ul. Żeromskiego 17;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BIOMERIEUX Polska Sp. z o.o., 01-882 Warszawa, ul. Żeromskiego 17;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę sprzętu i odczynników do badań mikrobiologicznych dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej i Mikrobiologicznej w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu* (numer referencyjny SZW/SZP/15/2009), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2009 roku, 2009/S 42-061133.

W dniu 24 czerwca 2009 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w którym jako najkorzystniejszą dla części 2 wybrał ofertę DIAG-MED. Grażyna Konecka.

Wobec tej czynności w dniu 1 lipca 2009 roku protest do zamawiającego wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia BioMerieux Polska Sp. z o.o. (pismo z dnia 30 czerwca 2009 r.) W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców i odstąpienie w stosunku do wybranej oferty od wymogów określonych w siwz, rozpatrywanie oferty podlegającej odrzuceniu i stosowanie przy wyborze oferty najkorzystniejszej innych kryteriów oceny aniżeli określonych w siwz.

Zamawiający odrzucił protest pismem z dnia 14 lipca 2009 roku uznając, iż spełniona została przesłanka z art. 180 ust 7 w związku z art. 181 ust. 6 ustawy pzp, tj. wykonawcy nie przysługują środki ochrony prawnej, albowiem czynności zamawiającego są wynikiem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 22 maja 2009 roku.

Z takim stanowiskiem nie zgodził się wykonawca i w dniu 24 lipca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w którym powtórzył argumentację przywołaną w proteście. Dodatkowo w odwołaniu podkreślono, iż wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej na czynność zamawiającego polegającą na ponownym wyborze oferty DIAG-MED., pomimo uwzględnienia przez zamawiającego protestu z dnia 22 maja 2009 r. i podniesionych w nim zarzutów względem wskazanej oferty. W proteście z dnia 30 czerwca 2009 r. wykonawca przywołał tożsame zarzuty co zawarte w proteście z dnia 22 maja 2009 r. nie rozszerzając ich. Wykonawca wskazał na sprzeczność oferty wybranej z

siwz, tj. wymogiem, aby zaoferowane podłoża były z nietłukącego tworzywa gwarantującego bezpieczeństwo dla personelu zamawiającego, co wynikać ma z treści załączonych dokumentów – ulotki dotyczącej podłoży i instrukcji aparatu. Z przywołanego w treści odwołania zapisu ulotki wykonawca wnioskuje, że tworzywo, z którego zrobione są butelki/fiolki może ulegać pęknięciom oraz innym uszkodzeniom, które powodują wydostanie się potencjalnie zakaźnego materiału na zewnątrz, co może spowodować niebezpieczeństwo dla personelu pobierającego krew, transportującego butelki z oddziału do laboratorium oraz obsługującego analizator BACTEC (zaoferowany przez wybranego wykonawcę). Również opis instrukcji analizatora w przywołanym fragmencie wskazuje na możliwość łatwego stłuczenia szyjki fiolek w trakcie ich obsługi w aparacie.

Skład orzekający nie przychylił się do wniosku zamawiającego zgłoszonego w toku posiedzenia niejawnego, o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej dalej ustawą. Izba uznała za nieprawidłowe stanowisko zamawiającego, iż odwołującemu nie przysługiwały środki ochrony prawnej na czynność ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, jako dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 21 maja 2009 roku.

Izba potwierdziła, iż w proteście z dnia 21 maja 2009 roku, wniesionym na czynność zamawiającego z dnia 14 maja 2009 r. polegającą na wyborze, w części drugiej zamówienia, oferty DIAG-MED Grażyna Konecka, obecny odwołujący podnosił tożsame zarzuty, jak w proteście i odwołaniu, których rozpoznanie jest przedmiotem niniejszego orzeczenia. Zamawiający uznał, iż powtórzona, w wyniku uwzględnienia protestu wykonawcy, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonana została zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego (wykonawca nie wniósł odwołania) i na tej podstawie odrzucił kolejny protest wykonawcy, jako niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy.

W zaistniałych okolicznościach zachodziła potrzeba ustalenia, czy treść rozstrzygnięcia pierwszego protestu wykonawcy pozwala na stwierdzenie, że zamawiający dopuścił do ponownego badania i oceny ofertę DIAG-MED Grażyna Konecka. W piśmie zawiadamiającym o uznaniu protestu (pismo z dnia 3 czerwca 2009 r.) zamawiający jedynie wskazał, iż „uznaje racje wnoszącego protest oraz unieważnia czynność badania i oceny ofert”. Taki sposób rozstrzygnięcia protestu potwierdzał jednoznacznie, iż zamawiający w całości uwzględnił protest, wraz z jego żądaniem powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części nr 2, w tym wyborze oferty najkorzystniejszej. Należy zauważyć, iż podniesione zarzuty dotyczyły niezgodności treści oferty DIAG-MED Grażyna Konecka z treścią siwz, skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tym samym,

protestujący miał prawo uznać, iż zamawiający w toku ponownego badania oferty DIAG-MED Grażyna Konecka uzna, iż podlega ona odrzuceniu, a zatem nie miał podstaw do wniesienia odwołania. Zamawiający natomiast w toku powtórnej czynności badania ofert zwrócił się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku „podłoży w butelkach z nietłukącego tworzywa gwarantujące bezpieczeństwo dla personelu”, które pozwoliły na potwierdzenie, że oferty obu wykonawców są zgodne z siwz.

W tak ustalonym stanie, skład orzekający uznał, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 czerwca 2009 roku jest nową czynnością, która nie wynika z rozstrzygnięcia protestu z dnia 21 maja 2009 roku. Skoro zamawiający, pomimo wcześniejszego uznania za zasadne zarzutów podniesionych względem wybranej oferty, jednak nie odrzucił oferty DIAG-MED Grażyna Konecka, to wykonawcy jak najbardziej przysługiwały środki ochrony prawnej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nawet jeżeli zarzuty są tożsame z podniesionymi wcześniej. Odmawiając wykonawcy prawa do wniesienia protestu, a następnie odwołania, w okolicznościach, kiedy zamawiający zmienia stanowisko, wcześniej przedstawione w rozstrzygnięciu protestu, byłoby nieuprawnionym na gruncie ustawy, pozbawieniem wykonawcy możliwości zaskarżenia prawidłowości czynności zamawiającego.

Na tej podstawie należało rozpoznać merytorycznie podniesione zarzuty na rozprawie.

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron oraz uczestnika postępowania skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający potwierdza istnienie interesu prawnego odwołującego do wniesienia odwołania, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia podniesionych zarzutów jego oferta, jako jedyna pozostała w postępowaniu podlegałaby wyborze jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej sprowadza się do ustalenia, czy oferta DIAG-MED Grażyna Konecka podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na zaoferowanie produktu – podłoży, nie spełniających wymagania, aby zaoferowane podłoża były w butelkach z nietłukącego tworzywa gwarantującego bezpieczeństwo dla personelu zamawiającego.

W zakresie tak postawionego zarzutu, Izba ustaliła, iż decyzja zamawiającego o ponownym wyborze oferty DIAG-MED Grażyna Konecka wynikała z pozytywnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy, udzielonych na wezwanie zamawiającego, w toku

ponownego badania ofert. Zamawiający w piśmie z dnia 14 lipca 2009 roku (rozstrzygnięcie protestu) wskazał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wskazują, że jego oferta spełnia wymóg „podłoży w butelkach z nietłukącego tworzywa gwarantującego bezpieczeństwo dla personelu”. Należy również zauważyć, iż zamawiający przyznał wcześniej rację odwołującemu, że treść oferty, tj. ulotki producenta oraz instrukcji obsługi analizatora, wskazywała na brak zgodności zaoferowanego produktu z siwz w zakresie charakterystyki podłoża.

Obaj wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 czerwca 2009 roku składali wyjaśnienia w zakresie wskazanego wymogu. W wyjaśnieniach z dnia 19 czerwca 2009 roku Grażyna Konecka złożyła oświadczenie, że zaoferowany asortyment spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, określone w siwz. Stosowane butelki w zaoferowanym systemie Bactec serii 9000 zostały wykonane z materiału gwarantującego bezpieczeństwo dla jego użytkowników. Materiał, z którego zostały wykonane butelki to grubościennie, hartowane szkło kwarcowe, którego odporność na uszkodzenia mechaniczne została potwierdzona załączonymi wynikami badań.

Twierdzenia odwołującego o niespełnieniu warunku wykonania butelek z tworzywa nie tłukącego oparte zostały na treści dokumentów, które nie stanowiły elementu oferty wykonawcy i których zamawiający nie żądał. Na rozprawie odwołujący złożył jako dowód w sprawie tłumaczenie przysięgłe podręcznika użytkownika aparatu BACTEC, w którym wskazał na zapis znajdujący się na stronie 4-9: „Ostrzeżenie: Butelki należy zawsze przenosić bardzo ostrożnie. Szyjki butelek są podatne na pęknięcia w przypadku uderzenia przez inne obiekty”. W kolejnym podręczniku dla typu urządzenia BACTEC 9050, na stronie 4 tłumaczenia przysięgłego, znajduje się ostrzeżenie, iż szyjki fiolek mogą się złamać, jeżeli uderzą w inny przedmiot”. Podobnie, w tłumaczeniu przysięgłym ulotki producenta fiolek, na stronie czwartej wskazano, że „w rzadkich przypadkach szyjka szklanej butelki może być pęknięta i szyjka może pęknąć w trakcie zdejmowania z niej kapsła lub posługiwania się butelką. Na dalszych stronach instrukcji, wskazuje się na konieczność obejrzenia fiołki pod kątem pęknięć (...), w przypadku stwierdzenia jakiegokolwiek wady, stosowanie takiej fiołki jest zabronione (strony 6 i 8).

Skład orzekający uznał, iż przedstawione na rozprawie dokumenty nie potwierdzają, jakoby mogło dojść do stłuczenia butelki na skutek jej użytkowania w normalnych warunkach. Pojęcie tłukiwości, w ocenie składu orzekającego oznacza brak odporności na stłuczenie. Taka teza w stosunku do butelek BACTEC jest jednak nieuzasadniona, mając na uwadze wyniki testów zderzeniowych butelek BACTEC, które potwierdziły wytrzymałość w teście zderzeniowym na ramieniu i podstawie (załączone do wyjaśnień wykonawcy z dnia 19 czerwca 2009 roku). Możliwość złamania szyjki fiołki przy pękniętej fiołce, tj. uszkodzonej, nie powinno nastąpić, jeżeli użytkownik będzie przestrzegał zasad bezpieczeństwa, o

których mowa w przedłożonych dokumentach, a które wyłączają możliwość używania uszkodzonych fiolek. Zapisy dotyczące zasad bezpieczeństwa przy wykonywaniu badań nie mogą być podstawą do ustalenia stopnia wytrzymałości butelek/fiolek. Przyjęcie stanowiska odwołującego, iż produkt konkurencyjnego producenta jest wykonany z tłukącego się materiału, oznaczałoby iż każdy produkt wykonany ze szkła (choć o podwyższonej odporności) nie mógłby zostać zaoferowany, chociaż zamawiający nie wykluczył w treści siwz zaoferowania podłoży w butelkach wykonanych ze szkła. Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi w toku rozprawy, zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie zadane przez obecnego odwołującego, nie chciał ograniczyć konkurencji wskazując rodzaj materiału, z jakiego miały być wykonane butelki, miał na celu jedynie zapewnienie bezpieczeństwa personelu wykonującego badanie próbek. Zamawiający nie określił również oczekiwanego stopnia odporności na stłuczenia.

W ocenie składu orzekającego, zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty DIAG-MED, kierując się twierdzeniami odwołującego, w szczególności mając na uwadze okoliczność, że odwołujący w treści odwołania zmodyfikował tłumaczenie oryginalnego tekstu instrukcji aparatu (w stosunku do tłumaczenia przysięgłego), używając sformułowania: „Szyjki fiolek są bardzo kruche i łatwo je stłuc, szczególnie przy uderzeniu o inny obiekt” Również decyzji tej nie uzasadniałoby zapis siwz, gdyż jak wskazano powyżej jego sens sprowadza się do zapewnienia bezpieczeństwa personelu użytkującego butelki, a nie ograniczenia rodzaju surowca, z którego miały być wykonane. Samo wskazanie na nietłukące się tworzywo należało ocenić w kontekście zadanego pytania i odpowiedzi, w której zamawiający nie wprowadził żadnego szczegółowego wymagania, pozwalającego potwierdzić, iż butelki wykonane ze szkła o odpowiedniej odporności na stłuczenie nie spełnią wymagań zamawiającego. Za prawidłowością takiej interpretacji przemawia również treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w piśmie z dnia 19 czerwca 2009 roku, w których wskazał w odniesieniu do oferowanych przez niego butelek, iż „Budowa powłoki butelki uniemożliwia jej stłuczenie w normalnych warunkach użytkowania”.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*