

Sygn. akt KIO/UZP 906/10

WYROK
z dnia 27 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Barbara Bettman

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2010 r.** odwołania wniesionego przez „**Diag-Med**”, **02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II, 22-400 Zamość, Al. Jana Pawła II 10** protestu z dnia **20 kwietnia 2010 r.**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża „Diag-Med”, 02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**Diag-Med**”, **02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51**

- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;~~
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Diag-Med**’, **02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51**

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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II z siedzibą w Zamościu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa odczynników dla Pracowni Bakteriologii wraz z dzierżawą aparatu do posiewu krwi”. Zamówienie zostało podzielone na 14 części. Pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty dla każdej z części, o ofertach odrzuconych i o unieważnieniu postępowania w zadaniach 11 i 13. W piśmie tym zamawiający poinformował wykonawców, iż w części 1 – dzierżawa aparatu do posiewu krwi plus podłoża do posiewu krwi odrzucił ofertę wykonawcy Diag-Med z siedzibą w Warszawie z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Wobec takiej czynności, wykonawca ten pismem z dnia 20 kwietnia 2010 r. (przesłanym zamawiającemu w tym samym dniu) złożył protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) . Protestujący żąda unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BioMerieux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej dla części 1. W uzasadnieniu protestu, protestujący odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ wskazał, iż stwierdzenie, że „(...)oferowany aparat Bactec 9120 posiada zewnętrzny komputer wraz z drukarką, który zawiera całość oprogramowania systemowego, w tym pobierane na aparat programy sterujące operacjami. Wyniki testów butelek w aparacie są przekazywane z aparatu do komputera i tam przechowywane w bazie danych. Zestawienia w postaci raportów wykonuje komputer zewnętrzny.”, nie może stanowić o niezgodności jego oferty ze specyfikacją. W opinii protestującego „uzasadnienie to nie ma umocowania w treści SIWZ i jego przyjęcie stanowiłoby naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy”. W ocenie protestującego

wymóg dotyczący sposobu generowania podglądu prób i tworzenia zestawień nie został zapisany w SIWZ, a informacja o powyższym nie została przekazana wykonawcy przed upływem terminu składania ofert. Protestujący podnosi, iż zamawiający nie sprecyzował, w jaki sposób analizator wyposażony w wewnętrzny komputer i odpowiednie oprogramowanie ma edytować żądany podgląd prób i tworzenie zestawienia. Ponadto protestujący wskazał, że w przypadku zaoferowanego przez niego aparatu Bactec 9120 powyższe operacje wykonuje komputer wewnętrzny, posiadający oprogramowanie systemowe, a komputer zewnętrzny stanowi wyłącznie interfejs ułatwiający użytkownikowi korzystanie z oprogramowania. Protestujący wskazał, iż zaoferowany aparat Bactec 9120 posiada wbudowany komputer wraz z oprogramowaniem, natomiast możliwość podglądu prób i tworzenie zestawień odbywa się poprzez interfejs kontaktu aparatu z użytkownikiem, na który składa się dodatkowy komputer klasy PC wraz z klawiaturą oraz ekranem dotykowym, co potwierdza instrukcja producenta.

Rozstrzygnięciem z dnia 30 kwietnia 2010 r. zamawiający protest, jako niezasadny oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający stwierdził, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie znajdują żadnego uzasadnienia. Zamawiający prowadzi postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu, jak również określił przedmiot zamówienia w sposób jasny i precyzyjny z wykorzystaniem do jego opisanego standardowych określeń technicznych. W ocenie zamawiającego nie znajduje także potwierdzenia w dokumentach zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 p.z.p. Zamawiający nie dokonał żadnej zmiany treści SIWZ w zakresie parametrów technicznych aparatu do posiewu krwi, wobec czego nie można mówić o naruszeniu art. 38 ust. 4 p.z.p. W ocenie zamawiającego czynności, które zgodnie z postanowieniami SIWZ miał wykonywać komputer wewnętrzny w aparacie zaoferowanym przez protestującego wykonywane są przez komputer zewnętrzny. Wskazuje na to podręcznik użytkownika Bactec Fluorescent Series. Zdaniem Zamawiającego powoduje to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Wobec takiego rozstrzygnięcia Wykonawca Diag-Med z siedzibą w Warszawie pismem z dnia 4 maja 2010 r. (data nadania u operatora publicznego – 05.05.2010 r.) złożył odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 1 oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria zapisane w SIWZ. W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż zgodnie z zapisami Podręcznika użytkownika Bactec Fluorescent Series (punkt 3.3) „komputer systemowy i urządzenia peryferyjne, do których należą komputer PC, klawiatura i drukarka zapewniają użytkownikowi interfejs, który

umożliwia wyświetlanie stanu butelek, drukowanie raportów, wykonywanie kopii zapasowych itp.” Odwołujący podaje, iż niesłusznie zamawiający przypisuje urządzeniu peryferyjnemu, jakim jest komputer PC rolę komputera systemowego, co nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący stwierdza, iż aparat Bactec posiada komputer systemowy wbudowany, czego zamawiający nie kwestionował, a ponadto komputer aparatu pozwala na podgląd prób i tworzy zestawienia a jedynie obraz tego podglądu jak również zestawienia wyświetlane są na monitorze będącym kolejnym urządzeniem peryferyjnym.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II z siedzibą w Zamościu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa odczynników dla Pracowni Bakteriologii wraz z dzierżawą aparatu do posiewu krwi”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego dla wartości zamówienia nieprzekraczającej kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 stycznia 2010 r. pod numerem 16874.

Zamówienie zostało podzielone na 14 części. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla zadania 1 – Dzierżawa aparatu do posiewu krwi plus podłoża do posiewu krwi – określonym w SIWZ, zamawiający określając parametry techniczne aparatu do posiewu krwi w punkcie 5 określił: „Komputer wbudowany wraz z oprogramowaniem, z możliwością podglądu prób i tworzenia zestawień”. W terminie składania ofert na zadanie 1 swoje ofert złożyli wykonawcy: BioMerieux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Diag-Med z siedzibą w Warszawie. Pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej ofert, ofertach odrzuconych i o unieważnieniu postępowania w zadaniach 11 i 13. W zadaniu 1 zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę wykonawcy Diag-Med z siedzibą w Warszawie. Czynność ta leży u podstaw postępowania protestacyjnego i odwoławczego.

Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie

przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 Izba nie znalazła podstaw do jego uznania. Zgodnie z w/w przepisem „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie.” Wobec stwierdzenia, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dokonywał żadnej modyfikacji Izba uznała, że działaniom zamawiającego nie można przypisać naruszenia art. 38 ust. 4 p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ Izba również nie podzieliła twierdzeń odwołującego. Zgodnie z zapisami SIWZ zamawiający wymagał, aby aparat do posiewu krwi wyposażony był w: „Komputer wbudowany wraz z oprogramowaniem, z możliwością podglądu prób i tworzenia zestawień”. Izba podzieliła argumenty zamawiającego, iż aparat zaproponowany przez odwołującego nie posiada wbudowanego komputera z możliwością podglądu prób i tworzenia zestawień, co stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jak stwierdziła Izba producent zaoferowanego urządzenia w Podręczniku użytkownika Bactec Fluorescent Series rozróżnia, jako dwa różne urządzenia a więc aparat do posiewu krwi oraz komputer, który steruje i obsługuje aparat wraz z urządzeniami peryferyjnymi. Tak np. ”wyniki testów butelek są przekazywane z aparatu na komputer(...)” str.1-9 podręcznika, czy też „komputer nie może połączyć się z aparatem” str. 7-14 podręcznika lub „karty interfejsów w komputerze udostępniają instrukcję i pamięć, która umożliwia komunikowanie się aparatu z komputerem” str. G-3 podręcznika. W ocenie Izby określając przedmiot zamówienia zamawiający jednoznacznie określił, że urządzenie ma posiadać wbudowany komputer, który ponadto umożliwił będzie podgląd prób i tworzenie zestawień. Izba wzięła pod uwagę oświadczenie odwołującego, iż oferowane przez niego urządzenie bez dodatkowego komputera zewnętrznego nie ma możliwości podglądu prób czy też tworzenia zestawień, chociażby poprzez brak możliwości podłączenia monitora, drukarki.

Jednocześnie z uwagi na powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż odrzucenie oferty która w swej treści nie odpowiada treści SIWZ nie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 191 ust. 6 i 7 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....