

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 24 kwietnia 2013 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Informer Med Sp. z o.o., 61 – 626 Poznań, ul. Winogrody 118**

w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, 70 – 204 Szczecin, ul. Rybacka 1**

przy udziale wykonawcy **Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., 02 – 135 Warszawa, ul. Łżecka 24** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Informer Med Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy **Informer Med Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie** kwotę **4 050 zł 00 gr**: (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania poniesionych z tytułu: opłaty skarbowej od dwóch pełnomocnictw (34 zł), kosztów dojazdu autem osobowym na rozprawę (416,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sterylizatorów niskotemperaturowych na nadtlenek wodoru, instalacja i szkolenie w zakresie obsługi oferowanego sprzętu (2 sztuki).

Informer Med Sp. z o.o. w Poznaniu (dalej: odwołujący) w dniu 5 kwietnia 2013 r. został poinformowany o wykluczeniu go z postępowania (oraz odrzuceniu jego oferty) oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W odwołaniu złożonym dnia 12 kwietnia 2013 r. odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawy lub PZP):

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy,
2. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy tj. dokonanie wyboru oferty firmy Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej.
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania
4. art. 24 ust. 4 ustawy poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez kumulatywne odrzucenie oferty odwołującego
6. art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy tj. poprzez dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

Zarzucił również złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, co ma doprowadzić do unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a następnie wyboru oferty odwołującego i udzielenia mu niniejszego zamówienia publicznego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził, że referencja z dnia 10 grudnia 2012 r. załączona do oferty zawiera prawdziwe informacje w pełni zgodne z rzeczywistością. Fakt ten na żądanie Zamawiającego potwierdził nawet sam ich wystawca Mostostal Warszawa S.A., pismem z dnia 25 marca 2013 r. Pomimo tego faktu, nie mając żadnych dowodów na okoliczność, że złożone oświadczenia są nieprawdziwe, Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, co wskazuje na zamiar uzyskania zamówienia od wykonawcy preferowanego. Odwołujący zwraca uwagę, że stawiając zarzut złożenia

nieprawdziwych informacji w obliczu przeprowadzonego przez niego postępowania wyjaśniającego i uzyskanych wyników (w/w pisma) - Zamawiający w ten sposób pomawia zarówno odwołującego, jak i Mostostal Warszawa S.A., że doszło do zмовы przetargowej, czym narusza dobre imię tych podmiotów.

Odnosząc się do podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty, odwołujący wskazał: Sterylizator plazmowy RENO S-130D, zaoferowany w przedmiotowym postępowaniu posiada układ dozowania działający w oparciu o jeden rodzaj naboјów z czynnikiem wystarczającym na przeprowadzenie 10 cykli sterylizacyjnych, ergo treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi do pytania nr 1 z dnia 06.12.2012 dopuścił do oceny jeden rodzaj naboјów z czynnikiem sterylizującym wystarczającym na przeprowadzenie co najmniej 5 cykli sterylizujących. W zaoferowanym urządzeniu czynnik sterylizujący zawarty w kasecie zawierającej jeden rodzaj naboјów, pozwala na przeprowadzenie 10 cykli sterylizujących spełniając tym samym wymaganie graniczne Zamawiającego. Zaoferowane rozwiązanie kasety zawierającej jeden rodzaj naboјów z czynnikiem sterylizującym jest rozwiązaniem równoważnym do systemu oferowanego przez innego oferenta, w którego to rozwiązaniu czynnik podawany jest z jednego rodzaju naboјów zawartych w kasecie zbiorczej w ilości pozwalającej na przeprowadzenie 5 cykli.

Dla poszczególnych cykli RENO S-130D, opakowania (naboje) czynnika sterylizującego podawane są ręcznie z kasety zgodnie z załączoną instrukcją. Po wykonaniu 10 cykli należy dokonać wymiany kasety na nową. W zaoferowanym rozwiązaniu sterowanie przebiegu procesu sterylizacji odbywa się w pełni automatycznie, a po zakończonej sterylizacji należy dokonać czynności zmiany czynnika ręcznie. Zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania SIWZ odnośnie sposobu dozowania czynnika sterylizującego.

Na rozprawie odwołujący wskazał na fakt, że przedstawiając oświadczenie wymagane podał dostawę zrealizowaną jako podwykonawca na rzecz firmy Mostostal, która potwierdziła, że wartość dostaw przekracza wymaganą kwotę 300 tys. zł. Zauważył, że nie ma znaczenia ewentualne rozliczenie Mostostalu z odbiorcą końcowym, który wskazał niższą kwotę, a okoliczność ta nie ma znaczenia przy ocenie spełniania warunku. Okazał umowę zawartą z Mostostalem oraz fakturę dot. sterylizatora plazmowego na kwotę 300.661,20 zł. Wskazał na treść modyfikacji specyfikacji dokonaną 06.12.2012 r. i stwierdził, że urządzenie, które zaoferował jest nowym urządzeniem na rynku i w pełni spełniającym wymóg zamawiającego. Wymagany parametr, którego niespełnienie zarzuca mu zamawiający, spełnia podobnie jak sterylizator zaoferowany przez przystępującego do postępowania. Złożył folder dot. oferowanego sterylizatora i stwierdził, że zaoferował

sterylizator o nazwie handlowej Reno S-130D, który w złożonym katalogu ma nazwę PLASMED S -130D.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, w której w paragrafie 7.1. pkt 2 I części wymagał w szczególności realizacji przynajmniej dwóch zamówień polegających na dostawie i instalacji sterylizatorów niskotemperaturowych na nadtlenu wodoru na kwotę nie mniejszą niż 300.000 zł brutto każde, co potwierdził także wyjaśnieniem udzielonym na pytanie wykonawcy z dnia 29.11.2012 r.

Ponadto w Części II siwz poz. 18 wymagał, aby sterylizator posiadał „Minimum 2 rodzaje naboju: na min 4 cykle oraz min. 10 cykli”, a po dokonanej modyfikacji z 6.12.2012 r. dopuścił do oceny jeden rodzaj naboju z czynnikiem sterylizującym wystarczającym na przeprowadzenie co najmniej 5 cykli sterylizacyjnych.

Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie wymaganego doświadczenia odwołujący podał dostawę, jako podwykonawca firmy Mostostal W-wa S.A., na rzecz Centralnej sterylizatorni Wojewódzkiego Szpitala Okulistycznego w Krakowie. Po otrzymaniu informacji od przystępującego, że wartość powyższej dostawy sterylizatora plazmowego wynosi 241.448 zł, wystąpił bezpośrednio do odbiorcy dostawy, od którego otrzymał kserokopię złożonej oferty oraz protokół szczegółowy, z którego wynika, że zadanie zrealizowano poniżej wymaganej kwoty 300 000 zł.

Zamawiający wystąpił do wykonawcy (odwołującego) o wyjaśnienie treści oferty, w tym kwestii wartości dostaw referencyjnych. W odpowiedzi otrzymał potwierdzenie, że dostawa miała wymaganą wartość bez odniesienia się do informacji uzyskanych z Wojewódzkiego Szpitala Okulistycznego w Krakowie.

Odnosnie parametrów oferowanego sterylizatora zamawiający stwierdził, że udzielone na pytanie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy zawarte w piśmie z 28.03.2013 r. potwierdziły niezgodność z wymaganiami siwz. Wynika to z faktu, że w zaoferowanym urządzeniu znajduje się czynnik sterylizujący w jednorazowym naboju: 1 cykl = 1 nabój. Zamawiający stwierdził, że to, że naboje pakowane są w kasety po 10 sztuk w kasecie nie zmienia faktu, że wymóg 1 nabój na minimum 5 cykli nie został spełniony, ponieważ każdorazowo obsługujący musi wyjąć z kasety nabój i umieścić go w sterylizatorze. Zamawiający stwierdził, że parametr dotyczący ilości cykli w naboju był parametrem granicznym.

Zamawiający stwierdził, że w sprawie zaistniały przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania zarówno na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, jak i pkt 4 wobec złożenia

nieprawdziwych informacji dotyczących wartości dostawy referencyjnej oraz niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a dotyczących wymaganego doświadczenia. Podtrzymał stanowisko, że prawidłowo przeprowadził postępowanie wyjaśniające zwracając się zarówno do odwołującego jak i odbiorcy końcowego wykazanej dostawy. Stwierdził, że odwołujący pomimo wezwania nie przedstawił nowych dowodów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazał na treść wyjaśnień odwołującego złożonych w piśmie z 28.02.2013 r. z opisem zaoferowanego sterylizatora, który w ocenie zamawiającego wskazuje na niezgodność z wymogami postawionymi zarówno w pierwotnej specyfikacji jak i w zmodyfikowanej.

Przystępujący wniósł oddalenie odwołania i pominięcie dowodów z rozliczeń odwołującego z wystawcą referencji wobec ich nie udostępnienia. Wskazał na treść referencji w ofercie odwołującego oraz złożonych wyjaśnień, które nie potwierdzają wymaganego doświadczenia, którego treść cytował z postanowień SIWZ. Z treści okazanego przez odwołującego folderu wywodził, że oferowany sterylizator nie spełnia wymogu zamawiającego w szczególności określonych w piśmie z 06.12.2012 r., gdzie wymagano 1 rodzaju naboju z czynnikiem sterylizującym wystarczającym na przeprowadzenie co najmniej 5 cykli sterylizacyjnych. Stwierdził, że w urządzeniu zaoferowanym przez odwołującego czynnik sterylizujący funkcjonuje w systemie 1 nabój na 1 cykl. Wskazał na oznaczenie sterylizatora ofercie. Złożył do akt 3 stronicowy wyciąg katalogu zaoferowanego urządzenia nazwie Reno S-130D z zaznaczonymi przetłumaczonymi fragmentami dotyczącymi kasety i cyklu sterylizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści siwz oraz oferty odwołującego, a także wyjaśnień uzyskanych przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert zważyła, co następuje.

Niesporne jest, że w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz w paragrafie 7.1. pkt 2 I siwz zamawiający wymagał celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazania przez wykonawców realizacji przynajmniej dwóch zamówień polegających na dostawie i instalacji sterylizatorów niskotemperaturowych na nadtlenek wodoru na kwotę nie mniejszą niż 300.000 zł brutto każde. Warunek ten został potwierdzony także wyjaśnieniem udzielonym na pytanie wykonawcy z dnia 29.11.2012 r.

Na potwierdzenie wymaganego doświadczenia odwołujący podał dwie dostawy, w tym będącą przedmiotem sporu dostawę na rzecz Mostostal S.A. Warszawa o wartości brutto 300 661,20 zł. Z treści referencji wystawionych przez tego odbiorcę odwołującemu wynikało, że dostawa była zrealizowana na potrzeby Centralnej Sterylizatorni Wojewódzkiego Szpitala

Okulistycznego w Krakowie i obejmowała różne wyposażenie, w tym sterylizator plazmowy. Wystawca referencji przedstawił pozytywną opinię o współpracy z odwołującym, wskazał nadto na należyty montaż i uruchomienie przedmiotu dostawy.

Zamawiający wystąpił bezpośrednio do odbiorcy końcowego (Szpitala w Krakowie), od którego otrzymał kserokopię złożonej oferty Mostostal S.A. oraz protokół szczegółowy, z którego wynikało, że wartość dostawy w spornym zakresie, wykonanej przez Mostostal S.A. na rzecz była niższa od wymaganej kwoty 300 000 zł, gdyż wynosiła 296 981,04 zł brutto.

Niezależnie od powyższego odwołujący przedstawił pismo ze stwierdzeniem, że wartość sterylizatora przekraczała kwotę 300 000 zł i złożył na potwierdzenie tej okoliczności złożył pismo Mostostal S.A. W kolejnym otrzymanym przez zamawiającego, na jego prośbę, piśmie Mostostal S.A. sprecyzował wartość dostawy na kwotę 300 661,20 zł (w tym 278 390 zł netto plus podatek VAT 8%).

Na podstawie uzyskanych informacji zamawiający uznał, że zachodzi przesłanka wykluczenia odwołującego z postępowania wobec złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w siwz.

Skład orzekający po rozpatrzeniu powyższej okoliczności uznał, że stanowisko zamawiającego w tym zakresie jest niezasadne.

Należy zauważyć, że odwołujący wykazał dostawę na rzecz swojego kontrahenta, którym był Mostostal S.A. Warszawa i odbiorca ten potwierdził należyte wykonanie umowy, w tym również co do kwoty, jakkolwiek w wyniku dodatkowych zapytań zamawiającego. Brak jest podstaw do twierdzenia, że odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje, skoro zostały one potwierdzone przez odbiorcę i wystawcę referencji. W zakresie będącym przedmiotem oceny zamawiający otrzymał żadaną informację wraz z formularzem cenowym umowy wykonywanej przez odwołującego na rzecz Mostostal S.A. ze wskazaniem kwoty wymaganej. Kopia formularza nie jest wprawdzie dobrej jakości, lecz nie uniemożliwia przeczytania na s. 10/10, iż wartość sterylizatora plazmowego opiewa na kwotę 300 661,20 zł. Biorąc pod uwagę, że przedstawione informacje przez odwołującego są spójne i zgodne z danymi uzyskanymi od wystawcy referencji ocena teza o złożeniu nieprawdziwych informacji jest błędna. W konsekwencji, skoro dostawy referencyjne muszą być uznane za potwierdzone, zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, jak i pkt 4 ustawy pzp, a tym samym przepisy powyższe, jak i powiązane z nimi wskazane w odwołaniu naruszył.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należy wskazać, że zamawiający to w Części II siwz poz. 18 siwz wymagał, aby sterylizator posiadał „Minimum 2 rodzaje naboju: na min 4 cykle oraz min. 10 cykli”, a po dokonanej modyfikacji z 6.12.2012 r. dopuścił do oceny jeden rodzaj naboju z czynnikiem sterylizującym wystarczającym na przeprowadzenie co najmniej 5 cykli sterylizacyjnych.

Udzielone na pytanie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy zawarte w piśmie z 28.03.2013 r. zawierały stwierdzenie, że zaofertowany sterylizator plazmowy RENO S-130D zawiera w kasecie czynnik sterylizujący z jednym rodzajem naboju pozwalający na przeprowadzenie 10 cykli sterylizujących. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia potwierdziły niezgodność z wymaganiami siwz, co wynika to z faktu, że w zaofertowanym urządzeniu znajduje się czynnik sterylizujący w jednorazowym naboju: 1 cykl = 1 nabój. Izba podziela stanowisko zamawiającego oparte na ustaleniach, że naboje pakowane są w kasety po 10 sztuk w kasecie, lecz to nie zmienia faktu, że wymóg 1 nabój na minimum 5 cykli nie został spełniony, ponieważ każdorazowo obsługujący musi wyjąć z kasety nabój i umieścić go w sterylizatorze. Zważywszy, że parametr dotyczący ilości cykli w naboju był parametrem granicznym, a nie został spełniony przez odwołującego należy stwierdzić, że zaofertowany sterylizator, wskazuje na niezgodność z wymogami postawionymi zarówno w pierwotnej specyfikacji jak i w zmodyfikowanej. Skład orzekający zauważa również, że powyższe ustalenie jest zgodne z danymi producenta zawartymi w katalogu zaofertowanego urządzenia Reno S-130D złożonego do akt postępowania przez przystępującego. W urządzeniu tym czynnik sterylizujący funkcjonuje w systemie 1 nabój na 1 cykl, a wg zapisu katalogu „1 cykl/1kaseka”. Jednocześnie skład orzekający zauważa, że parametry urządzenia zaofertowanego tj. RENO-S-130D oraz urządzenia wskazanego przez odwołującego jako takie samo (w dorozumieniu – zaofertowane), lecz o innej nazwie tj. PLASMED S-130D w opisach katalogowych złożonych do akt sprawy (przez odwołującego), nie są tożsame. To ostatnie bowiem w pozycji określającej wydajność środka sterylizującego wskazuje na opcjonalne rozwiązanie w postaci: „nabój na 10 cykli”. Takiej jednakże opcji nie wykazuje się dla sterylizatora wskazanego w ofercie. Należy przy tym zauważyć, że uczestnicy nie kwestionowali danych katalogowych powoływanych w toku rozprawy.

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego jako nie odpowiadającą w swej treści postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacją dokonaną 6 grudnia 2012 r., a zatem nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego w zadaniu 2 jako nie odpowiadającą w swej treści postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a w konsekwencji i pozostałych przepisów ustawy pzp i kodeksu cywilnego wskazanych w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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). Rozstrzygając o kosztach nie uwzględniono wniosku o zwrot kosztów z tytułu dojazdu pociągiem w kwocie 134,00 zł wobec nieprzedstawienia rachunku, np. biletu kolejowego.

Przewodniczący: