

Sygn. akt: KIO 1223/12

WYROK
z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 r. przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dzierżawa analizatora wraz z dostawą odczynników i materiałów zużywalnych do wykonywania badań immunochemicznych.*

W dniu 11 czerwca 2012 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty złożonej przez ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, a także, z ostrożności art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 87 ust. 1, art. 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 1 czerwca 2012 r. Zamawiający odrzucił jego ofertę i dokonał wyboru oferty ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. W uzasadnieniu tej decyzji jako podstawę prawną odrzucenia wskazał art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy (oferta niezgodna z ustawą), natomiast jako podstawę faktyczną – niedozwoloną zmianę treści oferty Odwołującego w pkt 10 załącznika 1b parametrów ocenianych odczynników i analizatora.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający stwierdził również, iż zaoferowana przez Odwołującego liczba opakowań kalibratorów i materiału kontrolnego jest niewystarczająca do zabezpieczenia wykonywania odpowiednio kalibracji i prób kontrolnych zgodnie z zapisami w ulotkach odczynnikowych w ciągu trwania umowy. Jednakże Zamawiający nie wyjaśnił powodów takiej oceny oferty Odwołującego. Odnosząc się do powyższych twierdzeń Zamawiającego, Odwołujący podkreślił, że wyłączną podstawę prawną odrzucenia oferty był przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zatem tylko tej podstawy mogą dotyczyć zarzuty odwołania i ewentualne rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podniósł, że dane zawarte w załączniku nr 1b do SIWZ to parametry oceniane odczynników i analizatora. Zatem nawet jeśli badana oferta nie spełnia tych warunków to skutkiem może być tylko mniejsza liczba punktów w kryterium „Parametry techniczne”. Zważywszy, że zaoferowany przez Odwołującego analizator i odczynniki spełniają wszystkie parametry graniczne (wyszczególnione w załączniku nr 1a) oczywistym jest, że ta oferta odpowiada treści SIWZ.

Sporny punkt 10 tabeli nr 1b zawiera opis w brzmieniu: *odczynniki gotowe do pracy, umożliwiające wykonanie oznaczeń bezpośrednio po wyjęciu z lodówki zewnętrznej, niewymagające ogrzania do temperatury pokojowej.* Jego spełnienie wiązało się

z uzyskaniem 1 punktu. Odwołujący w zakresie tego parametru potwierdził jego posiadanie, oświadczając zarazem w ramach jego opisu, że oferowane odczynniki są gotowe do pracy, nie wymagają od personelu specjalnych czynności związanych z ogrzewaniem do temperatury pokojowej (po umieszczeniu ich w rotorze odczynnikowym aparatu w temp. 20° C analizator automatycznie kontroluje temperaturę odczynników oraz ich otwieranie i zamykanie).

Odwołujący wskazał, że informacje przedstawione w załączniku nr 1b były przedmiotem wezwania do wyjaśnienia z 23 maja 2012 r. Wówczas to Zamawiający, ze względu na dostrzeżone rozbieżności pomiędzy informacjami wynikającymi z załączonych do oferty ulotek odczynnikowych, a zapewnieniem złożonym w załączniku nr 1b, zadał pytanie Odwołującemu, czy zaoferowane odczynniki nie wymagają ogrzania do temperatury pokojowej i umożliwiają wykonanie oznaczeń bezpośrednio po wyjęciu z lodówki zewnętrznej. Odwołujący zaś w odpowiedzi sprecyzował, że oferowane odczynniki są gotowe do pracy i nie wymagają od personelu specjalnych czynności związanych z ogrzewaniem do temperatury pokojowej, a po umieszczeniu odczynników w rotorze odczynnikowym aparatu w temp. 20°C analizator automatycznie kontroluje ich temperaturę oraz ich otwieranie i zamykanie, a cały ten proces nie wymaga aktywnego udziału personelu, bo aparat sam kontroluje proces przygotowania odczynników. Zarazem Odwołujący przyznał, że zakładając sposób rozumienia parametru nr 10 przedstawiony przez Zamawiającego w jego piśmie z 23 maja 2012 r., czyli że liczy się sam fakt ogrzania odczynników przed rozpoczęciem oznaczeń (niezależnie czy dokonuje tego automatycznie urządzenie), to takiej cechy aparat nie posiada.

Zdaniem Odwołującego, w tym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że doszło do zmiany treści oferty Odwołującego, ani że ta oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Przedmiotem oferty są odczynniki i analizator wyspecyfikowane w załączniku nr 1. Załączniki 1 a i 1 b zawierają tylko informacje na temat właściwości tego asortymentu. Rodzaj i ilości określa wspomniany załącznik nr 1. Ponadto stosowne dane o cechach odczynników zawierają ulotki załączone do oferty. W związku z powyższym składając w dniu 25 maja 2012 r. wyjaśnienia, Odwołujący nie dokonał zmiany swojej oferty. Wszystkie zaoferowane odczynniki oraz analizator, z którym będą pracować, posiadają określone właściwości, a Odwołujący nie ma możliwości swobodnego uzupełniania tych elementów o dodatkowe funkcjonalności ani możliwości wyboru pomiędzy odczynnikami, które spełniają parametr 10 zał. 1b, a takimi które go nie spełniają. Oferuje jeden towar, który posiada określone cechy, które można opisać, ale nie można ich modyfikować.

Odwołujący zaznaczył, że odczynniki nie wymagają od personelu specjalnych czynności związanych z ogrzewaniem do temperatury pokojowej, bo po umieszczeniu ich

w rotorze odczynnikowym aparatu w temp. 20 °C analizator automatycznie kontroluje temperaturę odczynników oraz ich otwieranie i zamykanie. Odwołujący miał więc prawo potwierdzić, że odczynniki są gotowe do pracy, bowiem cały proces oznaczeń odbywa się automatycznie na pokładzie analizatora. Zaś po tym jak Zamawiający przedstawił swoje rozumienie tego parametru w piśmie z 23 maja 2012 r. Odwołujący odpowiedział rzetelnie, iż przy takim podejściu odczynnik parametru nie spełnia.

Odwołujący podniósł, że nie zmienił treści oferty, bo nie złożył oświadczenia którego celem miało być zastąpienie w ofercie obecnych odczynników innymi, które by te parametry spełniały. Ponadto to Zamawiający, na podstawie ulotek, samodzielnie ustalił, że przy jego rozumieniu parametru nie jest on spełniony. Jeśli zatem z ulotek wynika, że zaoferowane odczynniki nie posiadają spornej cechy, a w wyjaśnieniach wykonawca to potwierdził, to logicznym jest, że nie miała miejsce zmiana oferty, tylko wyjaśnienie jej treści.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że zmiany oferty są zakazane (art. 87 ust. 1 ustawy), a więc nawet gdyby wykonawca zamierzał w taki sposób konwalidować ewentualną niezgodność z SIWZ to należałoby uznać, że jest to działanie nieskuteczne (czynność prawna nieważna ex lege), nie zaś, że dokonano zmiany oświadczenia woli. Zatem Zamawiający po ustaleniu rzeczywistych parametrów zaoferowanych odczynników powinien odmówić przyznania punktów ofercie Odwołującego w parametrze 10 zał. 1 b, a nie odrzucać ofertę jako niezgodną z ustawą.

Zdaniem Odwołującego, oferta niezgodna z ustawą to taka, której treść narusza przepisy prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie określił, z którym z przepisów stoi w sprzeczności oferta Odwołującego. Nie można natomiast uznać, że jest nim przywołany w uzasadnieniu odrzucenia art. 87 ust. 1 ustawy. Jego dyspozycja nie reguluje ani treści, ani sposobu przygotowania oferty. Ma on zastosowanie już po jej złożeniu i w drugim zdaniu stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zatem oferta, jaka by nie była, nie może być sprzeczna z tym przepisem. Dopiero wyjaśnienia, zmierzające do zmiany jej treści mogą naruszać tą regulację, ale ich konsekwencją jest wspomniana bezskuteczność, a w rezultacie nieuwzględnienie podczas oceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że tylko powyższe okoliczności faktyczne stanowią podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, jednak z ostrożności podniósł, że zaoferowana ilość kalibratorów i kontroli jest zgodna z warunkami SIWZ i jest wystarczająca dla wykonania deklarowanej przez Zamawiającego ilości oznaczeń w okresie trwania umowy,

a Zamawiający nie określił w SIWZ, ile kalibracji należy wykonać oraz ile materiału kontrolnego dostarczyć.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba oceniła prawidłowość czynności odrzucenia oferty w związku ze stwierdzeniem Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia stanowiły niedopuszczalną zmianę treści oferty. Ponieważ inne okoliczności wskazane przez Zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty (liczba kalibratorów i materiału kontrolnego) nie zostały określone jako uzasadniające to odrzucenie, a dodatkowo na rozprawie Zamawiający oświadczył, że nie były podstawą czynności odrzucenia, nie podlegały one ocenie Izby.

W załączniku nr 1 b do SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców podania parametrów odczynników i analizatora, które podlegają punktacji w ramach kryterium *Ocena parametrów technicznych* (o wadze 30%). Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić tabelę, podając odpowiedź *TAK lub NIE oraz opisać oferowane parametry*.

W punkcie 10 tabeli Zamawiający zamieścił następujący opis ocenianego parametru: *odczynniki gotowe do pracy, umożliwiające wykonanie oznaczeń bezpośrednio po wyjęciu z lodówki zewnętrznej, niewymagające ogrzania do temperatury pokojowej. Tak – 1 pkt, nie 0 pkt.*

Przed upływem terminu składania ofert Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem, czy pod wskazanym opisem Zamawiający rozumie brak wszelakich czynności wydłużających czas rozpoczęcia oznaczeń, np. konieczność wielokrotnego mieszania odczynników przed wstawieniem do analizatora. W odpowiedzi z 19 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował, że przez wymóg ten rozumie, że odczynnik umożliwia wykonanie oznaczenia bezpośrednio po wyjęciu odczynnika z lodówki zewnętrznej, czyli nie wymaga ogrzania do temperatury pokojowej.

Odwołujący podał w ofercie, w odniesieniu do punktu 10 załącznika nr 1 b: *Tak, oferowane odczynniki są gotowe do pracy, nie wymagają od personelu specjalnych czynności związanych z ogrzewaniem do temperatury pokojowej (po umieszczeniu ich w rotorze odczynnikowym aparatu w temp. 20 st. C analizator automatycznie kontroluje temperaturę odczynników oraz ich otwieranie i zamykanie).*

W dniu 23 maja 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawcę, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia, czy zaoferowane odczynniki nie wymagają ogrzania do temperatury pokojowej i umożliwiają wykonanie oznaczeń bezpośrednio po wyjęciu z lodówki. W odpowiedzi Odwołujący podał: *Oferent interpretował intencję tego zapisu, że Zamawiającemu chodziło o uniknięcie pracochłonności związanej z angażowaniem personelu do czynności przygotowawczych odczynników i aktywnego zajmowania się nimi przed rozpoczęciem wykonywania oznaczeń. W tym kontekście udzielił odpowiedzi, że oferowane odczynniki są gotowe do pracy i nie wymagają od personelu specjalnych czynności związanych z ogrzewaniem do temperatury pokojowej (...) Z obecnych zapytań wynika, że dla Zamawiającego istotny jest sam fakt ogrzania odczynników przed rozpoczęciem oznaczeń, więc w tym kontekście odpowiedź oferenta w p. 10 brzmi nie.*

Izba uznała, że wątpliwości Zamawiającego w zakresie wykazania parametru opisanego w załącznik nr 1b pkt 10 były uzasadnione, zatem prawidłową czynnością było wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia nie doprowadziły do jakiegokolwiek zmiany oferty, a jedynie do wykazania sposobu rozumienia jej treści. Uznanie tych wyjaśnień za oświadczenie o zmianie treści oferty pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych.

Odpowiedź, jakiej udzielił Odwołujący, stanowi wyłumaczenie, że cechą oferowanych odczynników jest ich gotowość do pracy bez konieczności wykonania przez personel czynności związanych z ich ogrzaniem do temperatury pokojowej, natomiast odczynniki te nie są gotowe do użycia bez ich ogrzania. Wynika z tego, że sporządzając ofertę wykonawca przyjął interpretację spornego wymogu odmienną od prezentowanej przez Zamawiającego. Dowiedziawszy się z treści wezwania z 23 maja 2012 r., jak wymóg ten rozumie Zamawiający, wykonawca oświadczył, że takiej cechy oferowane odczynniki nie posiadają. Istotny dla oceny tych wyjaśnień jest fakt, że Odwołujący nie zmienił w żadnym zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, a jedynie wyjaśnił, jakie ten przedmiot posiada cechy.

Złożone wyjaśnienia Zamawiający powinien potraktować jako wskazówkę do wykładni oferty w tej części, w której jej treść była dla Zamawiającego niejasna. Uzyskując wyjaśnienia Zamawiający usunął wątpliwości dotyczące spełniania spornego parametru, otrzymał bowiem wyraźne potwierdzenie, że tak rozumianego wymogu oferowane odczynniki nie spełniają. Jediną konsekwencją złożonych przez Odwołującego wyjaśnień powinno być nieprzyznanie punktu za parametr opisany w punkcie 10 załącznika nr 1b. Natomiast interpretacja wyjaśnień przedstawiona przez Zamawiającego, zakładająca, że stanowiły one zmianę treści oferty, przeczy celowi, jakiemu służyć ma przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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).

Przewodniczący: