sygn. akt: KIO 366/20

WYROK

z dnia 4 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2020 r. przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Specjalistyczne Centrum Medyczne im. św. Jana Pawła II S.A., ul. Jana Pawła II 2; 57-320 Polanica-Zdrój,

przy udziale wykonawcy Beckman Coulter Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181B; 02-222 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa 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., ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący: .....

sygn. akt: KIO 366/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Specjalistyczne Centrum Medyczne im. św. Jana Pawła II S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego,

którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa wraz z rozładunkiem odczynników i materiałów zużywalnych wraz z dzierżawą aparatury dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Specjalistycznego Centrum Medycznego im. św. Jana Pawła II S.A. w Polanicy-Zdroju".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 grudnia 2019 r., pod nr 2019/S 246-605304.

Dnia 12 lutego 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 21 lutego 2020 roku, wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Beckman Coulter sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 6,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Beckman w Pakiecie nr 6 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią s.i.w.z.,

3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 6.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Beckman w Pakiecie nr 6, podczas gdy treść oferty Beckman nie odpowiada treści s.i.w.z. i jako taka powinna zostać odrzucona, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu w Pakiecie nr 6.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Beckman, jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 6, dokonania czynności odrzucenia oferty Beckman w Pakiecie nr 6, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Pakiecie nr 6.

Odwołujący wskazał, że uchybienia zamawiającego doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, zatem niewątpliwie odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. 7 parametrów granicznych dla analizatorów biochemicznych (Pakiet nr 6), załącznik nr 1 do s.i.w.z. - modyfikacja z dnia 17.01.2020 r., zamawiający wymagał „Elektrody w module ISE bezobsługowe (Na, K, Cl, elektroda referencyjna) wyłączając kalibrację". Firma Beckman zaoferowała dwa analizatory AU480, które nie spełniają ww. wymogów s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu, w ramach wyjaśnień treści s.i.w.z. dotyczących ww. parametru, zamawiający udzielił dodatkowo następujących odpowiedzi: Pytanie 33. Dotyczy Pakietu 6, pkt. 7 parametrów granicznych, załącznik nr 1 do SIWZ: „Czy przez ww. wymóg, Zamawiający rozumie/wymaga zaoferowania elektrod niewymagających uzupełniania płynów i wymiany membran?"

Odpowiedź - „TAK, zgodnie z SIWZ".

Pytanie 75, dotyczy Pakiet nr 6 - zał. nr 1: „Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku, jeśli serwis producenta analizatora zobowiązuję się do wykonywania wszelkich procedur instalacyjnych, konserwacyjnych i naprawczych elektrody referencyjnej, nie ma konieczności oferowania w postępowaniu przetargowym dodatkowej elektrody referencyjnej i jakichkolwiek płynów niezbędnych do konserwacji tej elektrody. Płyny i kolejne elektrody są dostarczane, wymieniane i uzupełniane przez serwis producenta w razie potrzeby."

Odpowiedź - „Zgodnie z SIWZ".

Pytanie 77, dotyczy Pakiet nr 6 - zał. nr 1: „Czy zapis „Elektrody w module ISE bezobsługowe (Na, K, Cl, elektroda referencyjna) wyłączając kalibrację" oznacza, że

Zamawiający wymaga zaoferowania analizatora, w którym moduł ISE obsługiwany jest przez oddzielne, wymieniane w razie potrzeby elektrody Na, K, Cl i referencyjną?"

Odpowiedź - „Zgodnie z SIWZ"

Zdaniem odwołującego, w świetle wyżej udzielonych odpowiedzi zamawiający podtrzymał wymóg dotyczący bezobsługowych elektrod wyszczególnionych przez zamawiającego, tj. Na, K, Cl, referencyjna, z wyłączeniem kalibracji (którą można by było uznać za obsługę). Zamawiający określając katalog wyłączeń od owej bezobsługowości (ograniczając go tylko do kalibracji) nie wyłączył jednak z tego wymogu czynności związanych z konserwacją.

Instrukcja obsługi analizatora AU480 na stronie 8-153 w pkt. 8.15.1 opisuje, procedurę sprawdzenia i dodawania roztworu elektrody referencyjnej jako jedną z czynności konserwacji modułu ISE. Procedurę tę należy wykonać co drugi miesiąc lub po analizie 20 000 próbek (w domyśle, które zdarzenie nastąpi wcześniej). Zatem nie może być mowy o bezobsługowości tej elektrody, skoro co jakiś czas należy uzupełnić jej roztwór.

Uzupełnianie płynów jest czynnością konserwacyjną, manualną i niezależnie od tego kto ją wykonuje (czy jest to użytkownik, czy serwis producenta) stanowi czynność obsługową, wbrew wymogowi z punktu 7 parametrów granicznych, z którego wynika, że elektrody mają być bezobsługowe.

Na marginesie odwołujący dodał, że podobny parametr podlegał ocenie. Zgodnie z pkt. 4 parametrów ocenianych premiowane były rozwiązania: „Wszystkie elektrody w module ISE bezobsługowe". Na gruncie tego postanowienia również zadano pytanie.

Pytanie 79, dotyczy Pakiet nr 6 - zał. nr 1 „Prosimy o potwierdzenie, że punkty oceniane za parametr „Wszystkie elektrody w module ISE bezobsługowe" zostanie przyznany za rozwiązanie, w którym elektrody nie wymagają żadnej dodatkowej obsługi poza czynnościami konserwacyjnymi, a dodatkowo elektroda referencyjna jest konserwowana w całości przez serwis producenta".

Odpowiedź - „Zgodnie z SIWZ"

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie potwierdził, że czynności konserwacyjne nie wpływają na ocenę bezobsługowości. Ponadto, z treści pytania wynika, że podmiot je zadający traktował czynności konserwacyjne, jako stanowiące jej obsługę licząc na akceptację takiego rozwiązania, co jednak nie nastąpiło.

Odwołujący podkreślił, że podstawowym dokumentem dla Użytkownika systemu jest Instrukcja Obsługi, według której „Aby zapewnić optymalne działanie i zapobiec awarii analizatora, należy zawsze obsługiwać go zgodnie z opisanymi procedurami." (str. 1-1).

Powyższe informacje potwierdza również zapis na str. 1-3 tejże instrukcji: „Niniejszy podręcznik użytkownika zawiera opis poprawnej i bezpiecznej obsługi analizatora. Zawiera także wskazówki dotyczące konserwacji oraz usuwania usterek. Podręcznik ma pełnić role podstawowego źródła informacji dla wszystkich użytkowników analizatora AU480, w tym dla personelu laboratorium medycznego obsługującego analizator lub przygotowującego próbki do przetwarzania w analizatorze. W poniższych podrozdziałach opisano sposób korzystania z niniejszego podręcznika użytkownika."

Powyższe prowadzi do wniosku, że treść oferty Beckman nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia określonemu w treści s.i.w.z., co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do jej odrzucenia. Zaniechanie odrzucenia oferty przez zamawiającego stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bowiem sankcjonuje nierówne traktowanie wykonawców (dopuszcza wybiórcze egzekwowanie postanowień s.i.w.z.). Dokonanie wyboru oferty niezgodnej z wymaganiami zamawiającego prowadzi zatem do naruszenia interesu wykonawców (w tym przypadku odwołującego), którzy zaoferowali świadczenie odpowiadające tym wymaganiom. Z tego względu to oferta odwołującego w świetle art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Beckman Coulter Polska sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący upatruje niezgodności treści oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w kontekście rzekomo wadliwej oceny przez przystępującego odpowiedzi zamawiającego na zadane pytania, w szczególności w kontekście odpowiedzi na pytania nr 33, 75, 77 oraz 79.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jak wskazuje liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, aby móc stwierdzić niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., w konsekwencji odrzucając ofertę wykonawcy, wykazać należy na taką niezgodność, która ma decydujące znaczenie dla przyszłej realizacji umowy w kontekście wymagań zamawiającego określonych i opisanych w s.i.w.z. Niezgodność treści oferty musi mieć również wpływ na essentialia negotii przyszłej umowy.

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty postawione przez odwołującego, Izba nie stwierdziła, iż oferta przystępującego takie sprzeczności zawiera.

Zamawiający w s.i.w.z. wskazał, iż wymaga złożenia oferty na analizatory biochemiczne, gdzie Elektrody w module ISE muszą być bezobsługowe (dotyczy elektrod NA, K, Cl oraz referencyjnej) z wyłączeniem kalibracji. Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 33 wskazał („Tak, zgodnie z s.i.w.z."), tzn. że wymaga zaoferowania przez wykonawców elektrod, które nie wymagają uzupełniania płynów i wymiany membran. Jednocześnie zamawiający odpowiadając na pytanie nr 75 wskazał („zgodnie z s.i.w.z."), co oznacza, że nie ma konieczności zaoferowania przez wykonawców dodatkowej elektrody referencyjnej i jakichkolwiek płynów niezbędnych do konserwacji tej elektrody, a płyny i kolejne elektrody będą dostarczane, wymieniane i uzupełniane przez serwis producenta w razie potrzeby.

Również odpowiedź na pytanie nr 79 („zgodnie z s.i.w.z."), z której odwołujący wywodzi tak istotne okoliczności dla zasadności stawianych zarzutów, w ocenie Izby daje podstawy do twierdzenia, iż zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaoferowania elektrod bezobsługowych, a czynności konserwacyjne w całości mają być świadczone przez serwis producenta.

Przystępujący zaoferował analizator chemiczny AU480. W treści swojej oferty przystępujący oświadczył, iż (...) płyn niezbędny do konserwacji elektrody referencyjnej jest dostarczany, wymieniany i uzupełniany przez serwis producenta w razie potrzeby, oraz że wszystkie elektrody w module ISE są bezobsługowe.

W ocenie Izby, kluczową kwestią dla ustalenia prawidłowego stanu faktycznego sprawy jest stwierdzenie, co zamawiający rozumiał pod pojęciem „bezobsługowe". Zgodnie z definicją zawartą w internetowym słowniku języka polskiego „bezobsługowy to

niewymagający obsługi, automatyczny, samoczynny".

Przekładając powyższą definicję na wymagania zamawiającego określone w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy dojść do wniosku, iż zamawiający

wymagał złożenia oferty na analizatory, gdzie elektrody w module ISE będą spełniały parametr w zakresie ich bezobsługowości charakteryzującej się niewymagalnością obsługi, automatyzmem i samoczynnym działaniem. Biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego wyrażone w trakcie rozprawy, iż bezobsługowość zamawiający definiował, jako brak konieczności wykonywania jakiejkolwiek czynności ze strony obsługi aparatu wykonywanej przez pracowników zamawiającego w zakresie elektrod w module ISE, tj. ich wymiany, serwisu, uzupełniania płynu, Izba stwierdziła że oferta przystępującego spełnia te wymagania. Potwierdzeniem tej tezy jest również oświadczenie przystępującego z oferty (cyt. jw.), z którego wynika, że zamawiającemu nie będą dostarczane żadne dodatkowe elektrody czy płyny, a wszelkie czynności związane z obsługą analizatora będą wykonywane przez serwis producenta. W powyższym zakresie Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z oferty przystępującego.

Rekapitulując Izba stwierdził, że przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi obowiązkiem zaoferowania bezobsługowych elektrod w module ISE, albowiem de facto, obsługujący to urządzenie pracownik nie będzie wykonywał żadnych czynności serwisowych, kontrolnych czy konserwacyjnych, gdyż

wszystkie te czynności zostały przypisane serwisowi producenta. Podnoszona przez odwołującego okoliczność, iż z podręcznika użytkownika wynikają określone terminy przeglądów konserwacyjnych nie oznacza jeszcze, że przeglądy te może wykonywać zamawiający skoro takie czynności przypisane zostały dla autoryzowanego serwisu.

Niezasadność stawianych zarzutów potwierdzają również dowody złożone przez przystępującego, tj. oświadczenia klientów potwierdzające bezobsługowość elektrod w urządzeniach przystępującego, które Izba wprowadziła w poczet materiału dowodowego, podobnie jak wyciąg z podręcznika użytkownika analizatora chemicznego AU480, złożony zarówno przez odwołującego, jak i przystępującego.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez przystępującego, tj. dokumenty z postępowania prowadzonego przez WSZ w Elblągu z 2017 roku, wraz dokumentacją odwoławczą w tej sprawie (KIO 1807/17), wyciąg z instrukcji obsługi analizatora Cobas Integra 400 wraz z ulotkami i ofertą firmy Roche oraz przykładowe elektrody „obsługowe” w ofertach innych producentów stwierdzając, iż pozostają one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....