

Wyrok
z dnia 13 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawcę **Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu, ul. Czerwonego Krzyża 5/9, 50-345 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Terumo BCT Polska Sp. z o.o., ul. Hutnicza 14, 40-241 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa**
- 3. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Wrocławiu**.

Przewodniczący:
.....
.....

2

UZASADNIENIE

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu, ul. Czerwonego Krzyża 5/9, 50-345 Wrocław, dalej zwane „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa zestawów *jednorazowych do poboru składników krwi metodą aferezy automatycznej wraz z dzierżawą separatorów komórkowych przez okres 40 miesięcy, tj: zadanie 1: dostawa jednorazowych zestawów do poboru koncentratu krwinek płytkowych, koncentratu krwinek czerwonych oraz osocza wraz z dzierżawą 10 separatorów komórkowych; zadanie 2: dostawa jednorazowych zestawów do poboru koncentratu granulocytanego oraz koncentratu krwinek płytkowych wraz z dzierżawą 1 separatora komórkowego*”, Nr sprawy 34/P/1-2/2016. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2016 roku pod nr 461841-2016-PL.

Przedmiotowe postępowanie znajduje się na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty, która to czynność zamawiającego miała miejsce w dniu 16 lutego 2017 roku. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Terumo BCT Polska Sp. z o.o., ul. Hutnicza 14, 40-241 Katowice, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- zaniechania określenia kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, 1. które to uchybienie ujawniło się na etapie badania i oceny ofert,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez spółkę Terumo BCT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwanej dalej „**Terumo**”) na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Terumo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3. 4 ustawy,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Terumo na podstawie art 89 ust. 1 pkt 1 4. ustawy,
- dokonania wyboru oferty Terumo jako najkorzystniejszej, 5.
- zaniechania wyboru oferty Comesa jako najkorzystniejszej. 6.

3

Wyżej wymienionym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1. art. 91 ust 2d Pzp poprzez określenie przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały,
- 2. art 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Terumo jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
- 3. art 89 ust 1 pkt 4 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Terumo jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Terumo jako podlegającej 4. odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą,
- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego 5. będącej ofertą najkorzystniejszą oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez Terumo nie będącej ofertą najkorzystniejszą,
- art. 7 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia 6. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1.
- unieważnienia wyboru oferty Terumo jako najkorzystniejszej, a)
- powtórzenia czynności badania oferty Terumo, b)
- odrzućenia oferty Terumo na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy, c)
- dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, d)

ewentualnie

- unieważnienia wyboru oferty Terumo jako najkorzystniejszej, e)
- powtórzenia czynności badania oferty Terumo, f)
- przyznania ofercie Terumo 0 punktów za kryterium „Mobilność separatorów”, g)
- dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, h)

ewentualnie

- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt i) 7 PZP;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Comesa kosztów postępowania odwoławczego

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zgodnie z art. 91 ust. 2d Pzp, Zamawiający, określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Natomiast w tym postępowaniu zamawiający nie wskazał na czym będzie polegała ocena spełnienia kryterium

mobilności separatorów oraz jakie rzeczy będą wzięte pod uwagę przy przyznawaniu odpowiedniej oceny.

W odniesieniu do Zadania 1 Zamawiający określił w SIWZ następujące kryteria oceny ofert, którym przypisał następujące rangi (znaczenie):

1. Oferowana cena — ranga 60%,
2. Mobilność separatorów — ranga 35%,
3. Dostawa na cito — ranga 5%.

Zgodnie z rozdziałem XI SIWZ „Kryteria Oceny Ofert” pkt 2.2. „Kryterium z poz. 2 - „mobilność separatorów”, przez „mobilność separatorów” Zamawiający (według odwołującego) rozumie możliwość dowolnej zmiany lokalizacji separatora bez konieczności ponownej rekwalifikacji. Takı zapis możliwość gwarantował Zamawiającemu przemieszczania separatora bez jakiegokolwiek udziału osób trzecich, zewnętrznych w stosunku do Zamawiającego.

W toku postępowania, w związku z odpowiedziami na zadane przez wykonawców pytania, Zamawiający zmienił treść SIWZ w zakresie kryterium mobilności separatorów. Zgodnie ze zmodyfikowanym brzmieniem ppkt 2.2.1. w rozdziale XI SIWZ „Kryteria Oceny Ofert”, przez „mobilność separatorów” zamawiający podał, że przez to określenie będzie rozumiał możliwość przemieszczania separatora między pomieszczeniami na tym samym poziomie z zachowaniem stabilności czujników układów pomiarowych oraz wyposażenie separatora w zintegrowanie kółka lub wagę separatora do 50 kg.

Wskazany zapis był rozumiany przez Comesa w ten sposób, że jakiegokolwiek przemieszczanie separatora, również na tym samym poziomie, nie może spowodować rozregulowania któregoś z parametrów przedmiotowego urządzenia. Comesa nie złożyła odwołania od tak zmodyfikowanej treści ppkt 2.2.1. rozdziału XI SIWZ „Kryteria Oceny Ofert” z uwagi na fakt, że treść ppkt 2.2.1. była dla Comesa zrozumiała. Zgodnie z brzmieniem zmodyfikowanego ppkt 2.2.1. rozdziału XI SIWZ „Kryteria Oceny Ofert” mobilność separatora oznacza, że może być on używany, w tym przemieszczany, przez personel Zamawiającego bez udziału osób trzecich (np. serwisant, autoryzowany dostawca). Zamawiający w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia wybrał ofertę Terumo.

Zaoferowany przez Terumo separator Trima nie spełnia kryterium mobilności. Separator Trima jest urządzeniem z założenia stacjonarnym, które nie jest dedykowane do przemieszczania. Z instrukcji obsługi separatora Trima wprost wynika, że jest to urządzenie „transportable”, czyli urządzenie nadające się do przewożenia, transportowania, a nie urządzenie mobilne. Zintegrowane kółka separatora o wadze 85,2 kg mają umożliwić transport separatora, a nie jego przemieszczanie przez użytkownika przedmiotowego urządzenia.

Jakiegokolwiek działania związane ze zmianą miejsca położenia separatora Trima wymagają udziału wykwalifikowanych serwisantów, którzy jako jedyni, zgodnie z instrukcją obsługi tego urządzenia, są uprawnieni do podłączenia go do sieci Ethernet. Instrukcja obsługi separatora Trima wprost wskazuje, że „podłączenie do gniazda Ethernet może być wykonywane WYŁĄCZNIE przez wykwalifikowanego serwisanta. Po podłączeniu do gniazda ethernetowego lub po dokonaniu zmian w systemie Ethernet, do którego podłączony jest system Trima Accel, należy się upewnić, że prąd upływowy systemu znajduje się w granicach określonych w normie IEC”. Ponadto, instrukcja obsługi bezwzględnie zabrania stosowania procedur działania niezgodnych z podanymi przez producenta i wskazuje, że może to być przyczyną obrażeń ciała lub śmierci dawcy. Zgodnie z instrukcją obsługi separatora Trima, „Firma Terumo BCT Inc. nie ponosi odpowiedzialności za bezpieczeństwo dawcy, jeżeli do obsługi, konserwacji i kalibracji systemu Trima Accel stosowane są procedury inne niż podane przez firmę Terumo BCT Inc. Osoby wykonujące procedury muszą być odpowiednio przeszkolone i wykwalifikowane”.

Z powyższego wynika, że separator Trima nie może być swobodnie przemieszczany przez personel Zamawiającego — ponowne podłączenie separatora do sieci zawsze wymaga udziału autoryzowanego serwisu (zgodnie z instrukcją obsługi separatora Trima

WYŁĄCZNIE przez wykwalifikowanego serwisanta). Separator Trima jest co prawda wyposażony w kółka, niemniej urządzenie waży 85,2 kg, ma wystające elementy i jego przemieszczanie po nierównym terenie (progi, kable itd.) będzie powodować wstrząsy i drgania, które stanowią zagrożenie dla stabilności delikatnych przetworników mechaniczno-elektrycznych, takich jak np. wagi. Separator Trima po przemieszczeniu do innego pomieszczenia nie gwarantuje utrzymania wszystkich swoich parametrów, w szczególności parametru dotyczącego prądu upływu. Parametr ten jest odpowiedzialny za bezpieczeństwo elektryczne całego urządzenia po podpięciu go w innym miejscu do sieci Ethernet. Z tych też względów, ponowne podłączenie do sieci Ethernet musi być obowiązkowo wykonane przez autoryzowany serwis. W przeciwnym razie, separator Trima stwarza bezpośrednie niebezpieczeństwo porażenia prądem poprzez przekroczenia maksymalnych norm prądu upływu, co wprost przekłada się na pracy całego urządzenia, w tym na stabilność czujników pomiarowych. W związku z tym, w żaden sposób nie można separatora Trima zakwalifikować jako urządzenia mobilnego.

W konsekwencji tych uwarunkowań Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał ofercie Terumo 35 punktów za kryterium mobilności. Sposób przeprowadzenia oceny ofert wskazuje, że Zamawiający w inny sposób rozumiał kryterium mobilności (tzn. nie jako możliwość swobodnego przemieszczania separatora przez personel Zamawiającego bez udziału osób trzecich, co wynika z brzmienia zmodyfikowanego pkt 2.2.1 rozdziału XI SIWZ „Kryteria Oceny Ofert”). Dopiero na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

6

okazało się, że wskazane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert są niejasne i niezrozumiałe.

Wskazał także, iż separatory zaoferowane przez Terumo nie spełniają parametru granicznego określonego przez Zamawiającego w SIWZ. W rozdziale 1 SIWZ „Przedmiot Zamówienia”, w ppkt 4.6 Zamawiający wymagał zapewnienia programu, pozwalającego na automatyczną transmisję danych istotnych dla Zamawiającego, z separatorów do systemu „Bank Krwi” (wg standardów ISBT 128). Zaoferowany przez Terumo separator Trima nie zapewnia automatycznej transmisji danych, w sposób ciągły z uwagi na fakt, że przywrócenie transmisji danych po przemieszczeniu separatora wymaga koniecznej wizyty autoryzowanego serwisu. Jak już wskazano powyżej, każdorazowe przemieszczenie separatora Trima wymaga odłączenia urządzenia z sieci Ethernet, a następnie jego ponownego podłączenia do sieci, które bezwzględnie musi być wykonane przez wykwalifikowanych serwisantów. Natomiast, transmisja danych do systemu „Bank Krwi” możliwa jest wyłącznie wtedy, gdy urządzenie podłączone jest do sieci Ethernet.

W kolejnym zarzucie odwołujący stwierdził, że brak wyceny niektórych urządzeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia należy kwalifikować jako niezgodności treści oferty z ustawą. W tym zakresie podał, że w pkt 4.12 Rozdziału 1 SIWZ „Przedmiot zamówienia”, Zamawiający wymagał dostarczenia wraz z separatorami dwóch stanowisk komputerowych (stacja robocza, monitor, klawiatura, mysz, okablowanie, ups lub laptop, mysz, okablowanie, ups) wraz z niezbędnym oprogramowaniem tak, aby umożliwić transmisję danych z separatorów do systemu „Banku Krwi” z dwóch różnych pomieszczeń poboru składników krwi (wskazanych przez Zamawiającego) oraz jedną drukarkę laserową mono z oprogramowaniem umożliwiającym drukowanie z dwóch stanowisk komputerowych oraz z materiałami eksploatacyjnymi niezbędnymi do użytkowania drukarki przez cały okres dzierżawy (przewidywana ilość wydruków 4000 stron na 40 miesięcy).

Część elementów składających się na ofertę nie została przez Terumo w ogóle wyceniona, co budzi uzasadnione wątpliwości co do rzetelności przygotowania oferty przez Terumo. W ofercie Terumo brak jest cen dzierżawy wyposażenia dodatkowego oferowanego wraz z separatorem, tj. 10 skanerów, 2 komputerów, drukarki. Rubryki, w których powinna być wskazana cena tych urządzeń Terumo pozostawił niewypełnione. Powyższe jest równoznacznie z niezaoferowaniem przez Terumo wymaganego przez Zamawiającego wyposażenia dodatkowego, a w konsekwencji świadczy o kolejnej niezgodności treści oferty Terumo z treścią SIWZ.

Jednakże, nawet jeśli przyjąć, że Terumo zaoferował wymagane przez Zamawiającego wyposażenie dodatkowe, brak wskazania cen dzierżawy poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego oferowanego wraz z separatorem świadczy o niedoszacowaniu oferty.

Natomiast w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty przystępującego wskazał, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i jako taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wskazana w ofercie cena zaoferowanego przez Terumo zestawu do poboru UKKP wynosi 364,45 zł netto, a to znacząco odbiega zarówno od poziomu cen rynkowych dla zestawów stosowanych do stacjonarnych separatorów, jak również od cen Terumo oferowanych w innych, podobnych przetargach. Na przykład, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „Sprzedaż i dostawę do siedziby Zamawiającego jednorazowych zestawów do separatorów Trima”, sygn. ZP/PN/03/2015 (Zamawiający: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie), Terumo zaoferowało identyczny produkt (tj. Trima Accel LRS) za cenę 590,00 zł/szt. netto, natomiast w kolejnym postępowaniu prowadzonym przez RCKiK w Warszawie na „Sprzedaż i dostawę do siedziby Zamawiającego jednorazowych zestawów do separatorów Trima”, sygn. ZP/PN/09/2016 zestaw Trima Accel LRS został zaoferowany za cenę 559,00 zł/szt netto. Należy podkreślić, że w obydwu ww. postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oferta Terumo została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z powyższego, zdaniem odwołującego wynika, że oferta Terumo nosi znamiona zastosowania rażąco niskiej ceny i chęci pozyskania zamówienia pomimo obowiązujących zasad.

W zarzucie dotyczącym naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującym wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ podał, że skoro oferta Terumo podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ i nie mogła podlegać wyborowi, to tym samym nie mogła być ona uznana za najkorzystniejszą zgodnie z postanowieniami ustawy. W następstwie czynności podjętych przez Zamawiającego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, który nakazuje równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W stanowisku prezentowanym na rozprawie podał, że zarzuty odwołania są niezasadne i odwołanie winno zostać oddalone. Wskazał, iż Odwołujący, przywołując przepis art. 92 ust. 2d, zarzuca Zamawiającemu niewłaściwy opis mobilność separatorów. Przy opisie tego parametru Zamawiający nie miał na względzie definicji legalnej mobilności urządzenia, lecz opisał mobilność w takim zakresie, w jakim była dla niego jest niezbędna i tak, jak opisał swoje potrzeby to tak oceniał oferty. Jednakże w wyniku pytania wykonawców dokonał zmiany w tym zakresie i zamiast pojęcia re kwalifikacji, użył sformułowania stabilności czujników układów pomiarowych.

Podkreślił, że opisując wymaganą od separatorów mobilność, miał na względzie to, że będą one użytkowane na jednym piętrze, w zasadzie w jednym pokoju, podzielonym na dwa pomieszczenia. Dlatego też nie wymagał spełniania wymagań, aby można było je przemieszczać między piętrami, przewożenia windą itp., dostosował opis do swoich potrzeb i warunków, w jakich te separatory będą użytkowane. Podkreślił, iż dla oceny spełnienia tego warunku wymagał oświadczenia wykonawcy składającego ofertę i ponadto na potwierdzenie spełniania oferowanej funkcjonalności, wymagał przedłożenia dowolnego dokumentu potwierdzającego tą kwestię, mogła to być karta katalogowa, poświadczenie producenta, oświadczenie serwisu i tym podobne. Terumo złożył takie oświadczenie i dołączył oświadczenie producenta separatora w języku angielskim jak i polskim, z którego wynikało jednoznacznie, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. Nadto podkreślił, że w złożonej przez Przystępującego instrukcji obsługi brak jest jakichkolwiek informacji, na które wskazuje Odwołujący, iż kwestia ewentualnego wyłączenia wtyczki Ethernet, tym samym przemieszczenia tego separatora, wymaga do jego podłączenia udziału wykwalifikowanego serwisu.

Z instrukcji wydanej w październiku 2012 r, którą otrzymał Zamawiający, nic takiego nie wynikało. Ponadto Przystępujący złożył oświadczenie o stabilności czujników układów pomiarowych i było to dla Zamawiającego wystarczające. Podał, że oba urządzenia zaoferowane przez obu wykonawców uznał za spełniające jego wymagania i każdy z

wykonawców uzyskał 35 punktów w kryterium mobilności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, a tym samym nieodrzućenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności z ustawą podał, że Zamawiający nie wymagał szczegółowego rozbicia cenowego oferowanych urządzeń. Wykonawca w swojej ofercie na str. 4 w poz. 4 wskazał ceny za dzierżawę separatorów oraz sprzętu wspomagającego. W podsumowaniu poz. 4, jednoznacznie wskazano, iż obejmuje ona cenę separatorów, jak również stanowiska komputerowe wraz stacją roboczą, monitorem, klawiaturą itd. wraz z niezbędnym oprogramowaniem.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego wskazał, że cena jest prawidłowa, wezwany wykonawca w sposób szczegółowy wykazał iż za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać zamówienie. Natomiast twierdzenia odwołującego w tym zakresie odnoszą się do porównania cen z innych postępowań, mających inną wielkość zamówienia.

Przystępujący poparł stanowisko prezentowane przez zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

9

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.
Odwołanie jest niezasadne w całości i podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało podzielone na dwie części- zadania. Odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 1.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy wskazany w odwołaniu był niesporny pomiędzy stronami i tym samym nie podlegał uzupełnieniu przez Izbę po przeprowadzeniu rozprawy. Z analizy stanu faktycznego sprawy można wywieść wniosek iż osią sporu w postępowaniu było uznanie przez zamawiającego, że zaoferowany przez przystępującego separator marki Trima Accel spełnia postawione wymagania w zakresie oczekiwanej mobilności separatora.

Odwołujący całą niezgodność tego urządzenia w tym zakresie oparł na wywodzeniu z posiadanej instrukcji obsługi zaoferowanego separatora, że ten nie spełnia wymagań mobilności ponieważ po każdym jego przemieszczeniu nastąpi rozregulowanie parametrów przedmiotowego urządzenia. Dlatego też konieczny jest udział serwisanta, który dokona jego ponownego podłączenia, w szczególności w zakresie łączności internetowej. Natomiast mobilność separatora jakiej oczekiwał zamawiający, zdaniem odwołującego oznaczała, że może być on używany i przemieszczany, przez personel zamawiającego bez udziału osób trzecich (np. serwisant, autoryzowany dostawca). Te wszystkie wymagania według odwołującego wynikały z instrukcji obsługi tego urządzenia. Natomiast zaoferowany przez Terumo separator Trima nie spełnia kryterium mobilności, jest urządzeniem z założenia stacjonarnym, które nie jest dedykowane do przemieszczania nawet w obrębie jednego pomieszczenia.

Izba badając zasadność tego zarzutu stwierdza, że odwołujący wszystkie zarzuty w tym zakresie wywodzi z nieaktualnej instrukcji obsługi tego separatora. Otóż w złożonej Zamawiającemu instrukcji przez przystępującego nie wynikają powyższe ograniczenia mobilności oferowanego separatora. Przystępujący na rozprawie ponad wszelką wątpliwość wykazał, że odwołujący opiera swoją argumentację w na nieaktualnych już instrukcjach obsługi z czerwca 2008 r. i z listopada 2010 r., natomiast przystępujący przedłożył zamawiającemu instrukcję z października 2012 r., która już tych zapisów co do potrzeby

10

uczestnictwa serwisu przy wykonaniu zmiany umiejscowienia separatora przy rozłączeniu wtyczki Ethernet nie zawiera. W tym zakresie złożył pismo producenta separatora z dnia 6

marca 2017 r. gdzie producent potwierdza, że w 2012 r. z instrukcji używania systemu automatycznego pobierania składników krwi usunięto wymóg, by podłączenie do gniazda Ethernet było wykonywane wyłącznie przez wykwalifikowanego serwisanta. Zrezygnowano również z wymogu potrzeby upewnienia się, że po podłączeniu do gniazda Ethernet prąd upływowi systemu znajduje się w normie określonej w normie ICI. Instrukcja w tym zakresie uległa zmianie w wrześniu 2012 roku, przy czym do polskiej wersji instrukcji tą zmianę wprowadzona w październiku 2012 roku. Ponadto dodał, że samo gniazdko Ethernet nie ma nic wspólnego ze stabilnością układów pomiarowych. Natomiast w zakresie zarzutu braku stabilności czujników układów pomiarowych Izba wskazuje na pismo autoryzowanego serwisu producenta urządzenia Trima z dnia 31 stycznia 2017 roku znajdujące się w dokumentacji postępowania, że powyższe urządzenie jest mobilne i po przemieszczeniu zachowuje stabilność czujników układów pomiarowych. Izba nie uwzględniła zarzutów odwołującego co do braku wiarygodności tego pisma, gdyż żadnych dowodów w tym zakresie odwołujący nie przedłożył, a to na nim spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie.

Z powyższego odwołujący wywodził iż oferta przystępującego Teruma jest niezgodna z treścią SIWZ. Izba stwierdza brak zasadności tego zarzutu, gdyż po pierwsze odwołujący przypisuje ofercie zawieranie treści w niej nieistniejących, a po drugie, aby zaistniała podstawa do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, a nadto dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, czego Izba nie dostrzega. Tym samym za niedopuszczalną i błędną należy uznać praktykę, stawiania przez konkurencyjnych wykonawców, zarzutów niezgodności treści oferty z SIWZ w sytuacji kiedy w ofercie brak jest treści do postawienia takiego zarzutu.

Niezasadny jest także zarzut co do braku możliwości automatycznego przekazywania informacji do banku krwi, gdyż wymóg SIWZ dotyczył automatycznego, a nie ciągłego przekazywania informacji, tak więc urządzenie po podłączeniu do sieci Ethernet może przekazywać automatycznie dane do banku krwi.

Również niezasadne jest zarzucanie zamawiającemu niewłaściwe opisanie w SIWZ wymagań co do spełniania przez separator kryterium mobilności. Otóż zamawiający opisuje parametry tak, aby uzyskać urządzenie o parametrach dla niego istotnych. Natomiast zarzucanie, iż kryterium mobilności nie zostało opisane w taki sposób, aby można było przyznawać zmienną ilość punktów wykonawcom w tym kryterium, jest na tym etapie postępowania niezasadne i jako spóźnione nie podlegało ocenie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp, jakoby oferta przystępującego podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z ustawą, gdyż przystępujący nie

wycenił wyposażenia dodatkowego, które winien był zaoferować wraz z separatorami, tj dwóch zestawów komputerowych z oprogramowaniem, jest zarzutem z niewłaściwie wskazaną podstawą prawną. Zarzut niezgodności treści oferty z ustawą znajduje zastosowanie wtedy, kiedy z przepisów Pzp lub aktów prawnych powiązanych z zamówieniem wynika określony obowiązek wykonawcy, a brak jest sankcji za jego niewykonanie. Natomiast w tej sytuacji zarzucany brak wyceny niektórych elementów oferty jest zarzutem mającym swoje odniesienie prawidłowości wyceny oferty, a więc odnosi się do przepisu art. 89 ust.4 Pzp statuującego odrzucenie oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę. Tak więc ten zarzut zostanie rozpoznany łącznie z zarzutem kolejnym odwołania dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty przystępującego.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty odwołujący podał, że odnosząc zaoferowane przez przystępującego ceny w tym postępowaniu do innych postępowań to ceny w szczególności w zakresie zestawu do poboru UKKP jest rażąco niska. W tym zakresie wskazać należy, iż zamawiający wezwał wykonawcę Terumo do złożenia wyjaśnień. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba poddała analizie przedmiotowe wyjaśnienia i stwierdza, że brak jest podstaw do uznania, że cena oferty jest ceną rażąco niską, gdyż nie tylko pokrywa koszty wykonania zamówienia, ale również zapewnia uzyskanie znacznej kwoty zysku. Wynika to z analizy załączonej do wyjaśnień umowy dystrybucyjnej, a także oświadczeń dostawców oferowanych wyrobów. Natomiast w zakresie rzekomego niewycenienia wyposażenia dodatkowego stanowisk obsługi separatorów to Izba stwierdza, że zarówno zaoferowana cena wskazana w podsumowaniu pkt 4 oferty - ogółem - jak i treść formularza nie dają

podstaw do uznania zasadności zarzutu w tym zakresie. Za dzierżawę separatora, przystępujący zaoferował czynsz miesięczny na poziomie 2 700 zł i 108 000 zł za 40 miesięcy, natomiast analogiczna cena odwołującego wynosi 2 500 zł i 100 000 zł za 40 miesięcy. Ponadto z analizy treści załącznika 3A do SIWZ będącym formularzem ofertowym w zakresie zadania 1 wynika, że brak jest podstaw do twierdzenia iż wykonawca przy wyposażeniu dodatkowym zobowiązany był podać ceny jednostkowe, gdyż brak jest nawet wykropkowanego miejsca (jak to ma miejsce np. w przypadku pkt 1,2,3 i cz. 1 pkt 4) na wpisanie kwot. Izba stwierdza również, że brak jest jakichkolwiek podstaw, aby wywodzić rażąco niską cenę złożonej oferty z innych postępowań w których przystępujący brał udział.

Reasumując powyższe rozważania i ustalenia Izba stwierdza, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, brak jest także jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust.1 pkt 7Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

12

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący

.....
.....

13