Sygn. akt: KIO 2725/13

WYROK
z dnia 10 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Getinge Poland Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny, wirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Spectro-Lab J…… B……..., ul. Aleja 3-go Maja 2/170, 00-391 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obcią a **Getinge Poland Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Getinge Poland Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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: …….. ……

Sygn. akt: KIO 2725/13

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Warszawski Uniwersytet Medyczny z Warszawy na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „Dostawa urządzeń laboratoryjnych z podziałem na pakiety dla potrzeb Centrum Badań Przedklinicznych i Technologii CePT". Zdaniem Odwołującego - Getinge Poland Sp. z o.o. z Warszawy w tym postępowaniu naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty firmy Spectro-Lab J…….. B……. w zakresie pakietu 2, którego przedmiotem była dostawa sterylizatora parowego. Wskazując na powy sze wniósł o uniewa nienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym odrzucenie oferty firmy Spectro-Lab J……. B…….. Podał tak e, e Odwołujący posiada interes w pozytywnym rozstrzygnięciu odwołania, poniewa w rankingu punktowym jego oferta zajęła drugie miejsce. W uzasadnieniu – odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, podał, e sprzęt oferowany przez wybranego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, a w szczególności nie spełnia merytorycznych (technicznych i funkcjonalnych) wymogów jednoznacznie określonych przez Zamawiającego odnośnie pozycji 3., 15.1., 15.2., 15.3. i 19.5. Dalej podał, e w wyniku wezwania do uzupełnienia treści

oferty wykonawca - Spectro-Lab J…… B…… przesłał w dniu 12.11.2013 r. folder, w którym brak jest potwierdzenia wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 2.2 do SIWZ, a mianowicie brak jest potwierdzenia wymogów wskazanych pod L.p. 3 - „ aden element, w tym kanał uszczelki nie mogą ograniczać światła komory po stronie załadowczej.” Odnośnie parametru pod L.p. 15.1 [„wyświetlanie na ekranie sterylizatora parametrów pracy, w tym, co najmniej: dwóch niezale nych zestawów czujników ciśnienia i temperatury”] stwierdził, e co prawda w treści oświadczenia załączonego do folderu wynika, e oferowany sterylizator posiada wymaganą funkcję wyświetlania na ekranie parametrów pracy, w tym, co najmniej dwóch niezale nych zestawów czujników ciśnienia i temperatury, jednak e treść folderu przeczy temu oświadczeniu. Z przesłanego folderu wynika jasno, e na ekranie sterylizatora prezentowana jest temperatura komory z dwóch niezale nych

czujników (kontrola i odnośnik) zaś ciśnienie w komorze jest wyświetlane tylko z jednego czujnika. Dodatkowo na ekranie podawane jest ciśnienie w płaszczu komory sterylizatora, ale równie tylko z jednego czujnika. W świetle powy szych informacji przedstawionych w przesłanym folderze oferowany sterylizator nie spełnia wymagań zawartych w SWIZ. Wskazał równie na dane zamieszczone pod L.p. 15.2 [„podgląd przebiegu procesu sterylizacji z prezentacją czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji”], stwierdzając, e z przedło onego wraz z folderem oświadczenia wynika, e oferowany sterylizator posiada wymaganą funkcję prezentacji czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji. Jednak e folder na stronie 4 zaprzecza temu oświadczeniu. Zawiera, bowiem jedynie informację, e na ekranie wyświetlana jest informacja o czasie do zakończenia bez podania, czego ten czas dotyczy. Na zdjęciu zawartym na stronie 4 katalogu, jest przedstawione zdjęcie ekranu, na którym podane są jedynie zaprogramowane wartości: czasu fazy ekspozycji (ster. czas) oraz czasu fazy suszenia (suchy czas). Brak jest informacji o czasie pozostałym do zakończenia procesu sterylizacji. Dodatkowo podał, e proces sterylizacji składa się z poszczególnych faz: przygotowania (pró ni wstępnej), ogrzewania (do określonej temperatury, ekspozycji (utrzymywania określonej temperatury w określonym czasie), chłodzenia, suszenia, oraz wyrównywania ciśnienia w komorze, Stwierdził te , e brak jest informacji o czasie pozostałym do zakończenia procesu, co nie pozwala u ytkownikowi na określenie, kiedy zakończy się uruchomiony proces. Jego zdaniem, w świetle informacji przedstawionych w folderze, oferowany sterylizator nie spełnia wymagań zawartych w SWIZ. Podał równie , e w trakcie ubiegło tygodniowych targów MEDICA 2013 (19-22.11.2013) w Dusseldorfie na stoisku producenta oferowanego sterylizatora przedstawiono Odwołującemu mo liwości sterownika sterylizatorów Tuttnauer serii T-Max. Przedstawiciel producenta potwierdził, e na ekranie sterownika nie mo na przedstawić czasu pozostałego do zakończenia procesu sterylizacji a jedynie zaprogramowane czasy: ekspozycji i suszenia wraz z ich odliczaniem w trakcie ich trwania. Odnośnie L.p. 15.3 - „ opis przyczyny alarmu” oraz L.p. 19.5 - „uruchamianie po uprzedniej identyfikacji operatora na podstawie osobistych kodów dostępu” podał, e Zamawiający wystąpił o uzupełnienie brakujących dokumentów, oferent zło ył takie uzupełnienie, jednak e przedło one materiały i wyjaśnienia wcią nie potwierdzają spełniania przez zaoferowany sprzęt wszystkich wskazanych w SWIZ parametrów wymaganych przez

Zamawiającego, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty Spectro-Lab J…….. B……...

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stwierdził, e przedmiotowa oferta zawiera tak e błąd w cenie, poniewa wykonawca zastosował błędną stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, w miejsce stawki podstawowej 23%. Jego zdaniem, zło one przez firmę Spectr-Lab wyjaśnienia odnośnie stawki podatku VAT są sprzeczne. W piśmie z dnia 05.11.2013 jest zawarta informacja, e oferowany sterylizator jest standardowym wyrobem medycznym. Z kolei w treści

wyjaśnień z dnia 12.11.2013 na stronie 3 przedstawiono wykaz programów, z którego jasno wynika, e oferowany sterylizator nie jest standardowym urządzeniem medycznym, poniewa zawiera programy do sterylizacji klatek, płynów w zamkniętych naczyniach oraz płynów w nieuszczelnionych naczyniach. Standardowe urządzenia medyczne nie posiadają mo liwości sterylizacji płynów w szczelnie zamkniętych naczyniach oraz klatek plastikowych. Podkreślił, e wykonawca nie przedstawił adnych dokumentów potwierdzających, e oferowany sterylizator łącznie z proponowanymi programami jest wcią wyrobem standardowym medycznym. Tym samym wykonawca nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, e był uprawniony do zastosowania stawki VAT preferencyjnej. W konkluzji stwierdził, e wybrana oferta z podanych przyczyn powinna zostać odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 stwierdził w szczególności, e jego zdaniem folder (karta katalogowa) przedło ony w dniu 12 listopada 2013 r. w odpowiedzi na jego wezwanie z dnia 8 listopada 2013 r., oceniany łącznie ze zło onym w tym samym dniu oświadczeniem firmy Spectro - Lab J…….. B…….., potwierdzają spełnienie wymagań określonych w załączniku nr 2.2. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - „Formularz wymaganych warunków technicznych po zmianie." Odnosząc się do poszczególnych pozycji stwierdził, co następuje:

1) Lp. 3 Formularza - Ze zdjęcia zamieszczonego na stronie 4 (zdjęcie nr 2) przedło onego folderu nie wynika, aby światło komory sterylizatora po stronie załadowczej było ograniczone przez element, w tym kanał uszczelki. Podkreślił, e

zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w l.p. 5.4. Formularza: komora sterylizacyjna powinna być wyposa ona w prowadnice (szyny) dla ruchu wózka wsadowego (...);

2) Lp. 15.1. Formularza – zgodnie z warunkiem (…) sterylizator parowy powinien być wyposa ony w ekran, na którym powinny być wyświetlane parametry pracy, w tym, co najmniej dwa niezale ne zestawy czujników ciśnienia i temperatury". Ze zdjęcia zamieszczonego na stronie 4 (zdjęcie nr 1) przedło onego folderu wynika, i oferowany sterylizator parowy spełnia te wymagania. Zwrócił uwagę, e wymóg określony w poz. 15. 1 dotyczy wyświetlenia na ekranie informacji z dwóch niezale nych czujników ciśnienia, który to warunek został spełniony przez urządzenie oferowane przez Spectro-Lab J…….. B…….. Z ww. zdjęcia wynika bowiem, i ciśnienie jest mierzone w komorze i na osłonie. Zamawiający nie wymagał, aby sterylizator, który zamierza zakupić, był wyposa ony w dwa niezale ne czujniki ciśnienia w komorze, o czym świadczy treść l.p. 14 Formularza. W opisie tylko tego parametru przyjęto, e „urządzenie powinno być wyposa one w pomiar parametrów ciśnienia i temperatury w komorze z niezale nych czujników ciśnienia i temperatury". Zamawiający nie wskazał, e urządzenie musi być wyposa one, w co najmniej dwa niezale ne czujniki ciśnienia w komorze sterylizatora. W ocenie Zamawiającego takie ądanie byłoby nieuzasadnione, gdy ciśnienie w komorze jest zawsze takie same, co oznacza brak potrzeby mierzenia ciśnienia z dwóch niezale nych czujników;

3) L.p. 15. 2. Formularza – wymóg w zakresie posiadania „funkcji podglądu przebiegu procesu sterylizacji z prezentacją czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji" był i jest rozumiany przez Zamawiającego w ten sposób, i dotyczy on ściśle pojęcia sterylizacji rozumianej, jako proces niszczenia mikroorganizmów, a nie cyklu działania sterylizatora od chwili jego włączenia do chwili zakończenia jego pracy. Z tych względów wymaganie „prezentacji czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji" Zamawiający odnosi do wskazanej w treści odwołania fazy ekspozycji, czyli utrzymywania określonej temperatury w określonym czasie. Jego zdaniem, nie ma potrzeby, aby dostarczone urządzenie wskazywało czas od chwili rozpoczęcia przygotowania (pró ni wstępnej) do chwili zakończenia wyrównywania ciśnienia w komorze. Z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika równie , e jest to niemo liwe, gdy oferowane na rynku urządzenia, nie posiadają

takich funkcji. Długość poszczególnych etapów przygotowujących do właściwej

sterylizacji, jak równie etapów po jej zakończeniu zale y od ró nych czynników, w tym od wielkości i masy sterylizowanych przedmiotów lub substancji;

4) L.p. pkt 15.3. Formularza - Zamawiający nie ma adnych podstaw do stwierdzenia, i sterylizator nie spełnia wymagań, o których mowa w treści oferty (formularza wymaganych warunków technicznych po zmianach), folderu (strona 4) oraz oświadczenia Wykonawcy z dnia 12 listopada 2013 r., które jego zdaniem potwierdzają spełnianie wymagań;
5) L.p. 19.5. Formularza - w ocenie Zamawiającego wskazany w ofercie firmy Spectro-Lab J…….. B…….. sterylizator parowy spełnia wymagania w zakresie posiadania funkcji osobistych kodów dostępu. Potwierdza to poza oświadczeniem zło onym w ofercie, (formularzu wymaganych warunków technicznych po zmianach), tak e treść folderu (strona 3) oraz treść oświadczenia wykonawcy z dnia 12 listopada 2013 r.

Jego zdaniem foldery (karty katalogowe) i oświadczenia zło one przez wykonawcę nie pozostają w sprzeczności z treścią jego oferty, i tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, e oferta zło ona przez firmę Spectro - Lab J…… B…….. jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. I pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy, podkreślił, e pismem z dnia 5 listopada 2013 r. Zamawiający wezwał firmę Spectro-Lab J….. B…….. do zło enia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 8 % względem oferowanego sterylizatora parowego. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca wyjaśnił, e „oferowany sterylizator parowy model T-Max 4 prod. Tuttnauer LTD, zgodnie z deklaracją zgodności CE producenta, jest jednocześnie wyrobem medycznym spełniającym normę EN 93/42 klasyfikowanym do grupy II b i zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych jest dopuszczony do obrotu w Polsce, jako wyrób medyczny. Zgodnie z obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług, art. 41 ust. 1 w związku z załącznikiem 3 do tej ustawy (poz. 105) wyroby medyczne bez względu na symbole PKWiU podlegają obni onej stawce podatku VAT w wysokości 8%"(dokument w aktach). Skoro, zatem wykonawca przedło ył takie oświadczenie, z powołaniem się na deklarację zgodności CE producenta, to w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do przyjęcia, e wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie jest uprawniony do zło enia oferty z ceną określoną przy zastosowaniu obni onej stawki

podatku VAT. Ponadto przedstawione przez odwołującego stanowisko nie zawiera dowodów, wskazujących, e firma Spectro-Lab J…… B…… nie była uprawniona do zastosowania obni onej stawki podatku VAT.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Spectro - Lab J…….. B…… z Warszawy, wnosząc tak e o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zwa yła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu

W odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy. Zdaniem wykonawcy, oferta firmy Spectro-Lab J…… B…….. w zakresie pakietu drugiego, którego przedmiotem była dostawa sterylizatora parowego pomimo, oferowany sprzęt nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności nie spełnia merytorycznych (technicznych i funkcjonalnych) wymogów odnośnie pozycji 3., 15.1., 15.2., 15.3. i 19.5, a zatem oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wykonawca stwierdził, e przedmiotowa oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny,

poniewa wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, w miejsce stawki podstawowej 23%.

Rozpoznając odwołanie Izba, mając na uwadze dyrektywę z art. art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza mo e orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpatrując z kolei podnoszone w nim zarzuty, Izba zobowiązana jest uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Cię ar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich

---

twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozwa enia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie cię ar dowodu spoczywał na Odwołującym, który wobec podnoszonych zarzutów zobowiązany był wykazać brak zgodności oferowanego sterylizatora parowego [pakiet 2] przez wykonawcę Spectro - Lab J…… B…….. z Warszawy z wymaganymi parametrami z pozycji 3., 15.1., 15.2., 15.3. i 19.5.załącznika 2.2. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [Formularz wymaganych warunków technicznych] oraz brak mo liwości zastosowania do tego wyrobu medycznego stawki podatku VAT w wysokości 8 %.

Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie Izby twierdzenia, wnoszącego odwołanie wykonawcy oparte zostały na własnej interpretacji wymagań, nieznajdujących jednak e, uwzględniając literalne brzmienie warunku, potwierdzenia w opisie spornych parametrów technicznych, jak równie w danych wynikających z treści oferty wykonawcy - Spectro - Lab J…….. B…… z Warszawy [wraz z jej uzupełnieniem] oraz w danych podanych w Folderze i Instrukcji Obsługi autoklawu [sterylizatora].

W odniesieniu do poszczególnych kwestionowanych pozycji załącznika 2.2 do specyfikacji, Izba stwierdziła, e przypadku poz. 3 wykonawca nie przedło ył dowodu, aby światło komory sterylizatora po stronie załadowczej było ograniczone przez jakiś element, w tym kanał uszczelki. Przedstawione zdjęcie [zdjęcie 2] na stronie 4 Folderu nie przeczy twierdzeniom Zamawiającego, jak i Przystępującego, e wymagany warunek został spełniony. Tak e zdaniem Izby, oferowany sterylizator spełnia warunek z poz. 15.1. Przede wszystkim Izba zauwa a, e to wymaganie dotyczy wyświetlenia na ekranie informacji z dwóch niezale nych czujników ciśnienia i Zamawiający nie wymagał, aby sterylizator, był wyposa ony w dwa niezale ne czujniki ciśnienia w komorze sterylizatora. Zatem ciśnienie mo e być mierzone w komorze i na osłonie. Takie wymaganie dotyczyło tylko parametru z poz. 14., gdzie w jego opisie przyjęto, e „urządzenie powinno być wyposa one w pomiar parametrów ciśnienia i temperatury w komorze z niezale nych czujników ciśnienia i temperatury." Odnośnie poz. 15. 2. [wymóg w zakresie posiadania „funkcji podglądu przebiegu procesu sterylizacji z prezentacją czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji"]

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, e w niniejszej sprawie pojęcie sterylizacji powinno być rozumiane, jako proces niszczenia mikroorganizmów, a nie cyklu działania sterylizatora od chwili jego włączenia do chwili zakończenia jego pracy. Z tych te względów ocenę spełniania wymagania „prezentacja czasu pozostałego do końca procesu sterylizacji" Zamawiający miał prawo odnosić do fazy ekspozycji, czyli utrzymywania określonej temperatury w określonym czasie. Posługiwanie się w tym przypadku dla zdefiniowania tego technicznego pojęcia opisami z Wikipedii stanowi o indywidualnej, nieuprawnionej interpretacji, wnoszącego odwołanie, szczególnie w sytuacji, gdy w folderze odwołującego [Programy np. P1. I P3] załączonego do oferty

wykonawcy, dopiero po procesie sterylizacji wyodrębniona została tak e faza suszenia i faza chłodzenia. Zdaniem Izby nie tak e, podstaw do kwestionowania spełniania parametru z poz. 15.3.[Informacje o alarmie], albowiem ten parametr potwierdzają informacje zamieszczone w folderze [str 4], jak równie w Instrukcji obsługi autoklawu, w których podano, e na ekranie sterylizatora są wyświetlane komunikaty o awarii, oraz mo liwe opisy komunikatów alarmowych. Ostatni z parametrów z poz. 19.5 [w zakresie posiadania funkcji osobistych kodów dostępu], zdaniem Izby, potwierdza tak e załączony folder, w którym [str 1] wskazano na 5 poziomów haseł zabezpieczających oraz [str 3] na wymagane hasła [kody] dostępu dla uruchamiania programów i wszelkich operacji.

Odnośnie stawki podatkowej VAT, Odwołujący nie przedstawił dowodu odnośnie ograniczonej mo liwości zastosowania 8 % stawki VAT dla standardowego wyrobu medycznego, nie wskazując, który to przepis prawa posługuje się takim pojęcie. Z certyfikatu przedło onego przez Przystępującego wykonawcę wynika, e Oznaczenie Zgodności CE Urządzenia Medyczne zostało wydane dla producenta dla wyrobów z kategorii Sterylizatory Parowe, a nie dla konkretnego wyrobu medycznego.

W konkluzji Izba stwierdza, e wobec powy szych ustaleń zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy nie mo e podlegać uwzględnieniu.

Mając powy sze na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając tak e § 3 pkt 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), zgodnie, z którym Izba w przedmiocie kosztów strony orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedło onych do akt sprawy.

……