

Sygn. akt: KIO 1717/11

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz,**

przy udziale wykonawcy "**Paramedica Polska**" Sp. z o.o., ul. Żołąty 11, 02-815 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 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 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 w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup sprzętu medycznego na potrzeby Klinicznego Szpitalnego Oddziału Ratunkowego 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Poliklinika SP ZOZ w Bydgoszczy, w ramach Priorytetu XII „Bezpieczeństwo zdrowotne i poprawa efektywności systemu ochrony zdrowia” Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko”, Działanie 12.1 „Rozwój systemu ratownictwa medycznego”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 maja 2011 r. pod nr 2011/S 98-160419.

W dniu 3 czerwca 2011 r. w odpowiedzi na zapytania wykonawców zamawiający udzielił wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, dokonując jednocześnie zmiany w jej zapisach i wysyłając ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu (suplement nr 2011/S 108-176810). W zakresie zadania 16, będącego przedmiotem niniejszego odwołania zamawiający dokonał następujących zmian:

„37. Zadanie nr 16: urządzenie do kompresji klatki piersiowej w czasie CPR - 2 szt. zamawiający dopuszcza urządzenie Autopulse do automatycznej kompresji klatki piersiowej o podanych niżej parametrach:

- urządzenie działające na zasadzie pasa piersiowego (typ Load Distributing Band - LDB), z obwodowym uciskaniem klatki piersiowej radykalnie zmniejszającym urazowość resuscytacji oraz zapewniające wyższe ciśnienia perfuzji w porównaniu z urządzeniami działającymi na zasadzie tłoka,

- zasilane akumulatorowe, w zestawie 3 akumulatory i ładowarka, częstość kompresji 80/ minutę w technologii LDB, zapewniająca uzyskanie ciśnień perfuzji wieńcowej i mózgowej na poziomie normalnym,

- głębokość kompresji 20% głębokości klatki piersiowej (przód - tył)

38. Zadanie nr 16: urządzenie do kompresji klatki piersiowej w czasie CPR - 2 szt. zamawiający będzie wymagał zaoferowania urządzenia automatycznie dopasowującego się do rozmiarów klatki piersiowej pacjenta, bez konieczności dokonywania wstępnych ustawień.

39. Zadanie nr 16: urządzenie do kompresji klatki piersiowej w czasie CPR - 2 szt. zamawiający będzie wymagał zaoferowania urządzenia umożliwiającego transport pacjenta bez przerywania uciśnięć pod kątem do 45 stopni (schody, klatki schodowe, ...)".

W dniu 14 czerwca 2011 r. zamawiający dokonał kolejnych wyjaśnień treści SIWZ, zmiany SIWZ i wysłał ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu (suplement nr 2011/S 114-187693). W zakresie zadania nr 16 zamawiający wprowadził następujące zmiany: „57. Zadanie nr 16: urządzenie do kompresji klatki piersiowej w czasie CPR - 2 szt. p.2 - zrezygnowano ze źródła zasilania powietrzem z instalacji szpitalnej i specjalnie przystosowanej butli, zastąpiono je zasilaniem akumulatorowym o czasie pracy do 30 minut, czasie ładowania poniżej 4 godzin,

58. Zadanie nr 16: urządzenie do kompresji klatki piersiowej w czasie CPR - 2 szt. p. 3. koszty wymiany akumulatora, wprowadzono punktację,

59. Zadanie nr 16: urządzenie do kompresji klatki piersiowej w czasie CPR - 2 szt. p. 7. urządzenie działające na zasadzie pasa piersiowego lub na zasadzie tłoka, wprowadzono punktację,

62.w związku z powyższymi zmianami do dokumentacji wprowadza się dokument o nazwie: specyfikacja techniczna po zmianach z dnia 14.06.2011r.”

W dniu 20 czerwca 2011 r. zamawiający po raz kolejny wyjaśnił treść SIWZ, zmienił jej brzmienie i wysłał kolejne ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu (suplement nr 201 I/S 118-193816). W zakresie zadania nr 16 zamawiający dokonał następującej zmiany: „5. Zadanie 16, urządzenie do kompresji klatki piersiowej w czasie CPR -2 szt. p. 8 w tabeli parametry techniczne, dodaje się punkt 8 w brzmieniu: funkcja współpracy w czasie rzeczywistym z oferowanym defibrylatorem dwufazowym (jeśli jest oferowany) - tak - 15 pkt. nie - 0 pkt”.

Wyjaśnienia z dnia 21 czerwca 2011 r. nie wprowadzały żadnych zmian w zakresie zadania nr 16.

W dniu 15 lipca 2011 r. Odwołujący - Medtronic Poland sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa zwrócił Zamawiającemu uwagę na niezgodność urządzenia zaoferowanego przez Paramedica Polska sp. z o.o. z kryterium dotyczącym zasilania urządzeń z uwagi na dłuższy niż wymagany maksymalny czas ich ładowania (do 4,5 godziny zamiast do 4 godzin).

W dniu 27 lipca 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Paramedica Polska sp. z o.o. o wyjaśnienie tych rozbieżności. W odpowiedzi Paramedica Polska sp. z o.o. wyjaśniła, że oferowany przez nią sprzęt spełnia powyższe kryterium, na dowód czego nadesłała do zamawiającego w dniu 1 sierpnia 2011 r. oświadczenie podpisane przez Jamesa P. (jako

Prezesa ZOLL Circulation) potwierdzające, iż urządzenia AutoPulse spełniają wymóg 4-godzinnego ładowania akumulatorów.

W dniu 1 sierpnia 2011 r. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert wykonawców i w konsekwencji wyboru oferty Paramedica Polska sp. z o.o.

W tym samym dniu Odwołujący powziął drogą poczty elektronicznej wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty powyższego wykonawcy z informacją, że oferta Odwołującego została oceniona lepiej pod względem ceny i okresu udzielonej gwarancji, zaś gorzej pod względem oceny technicznej.

W zakresie oferty wykonawcy konkurencyjnego punktacja przedstawiała się następująco : cena - 46.63, okres udzielonej gwarancji - 5.00, ocena techniczna - 30.00, co dawało łącznie temu wykonawcy 81,63 punktów.

Oferta zaś Odwołującego zawierała następującą punktację : cena - 60.00, okres udzielonej gwarancji -10.00, ocena techniczna -10.41, co dawało mu łącznie 80,41 punktów.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego to jest z czynnością badania i oceny ofert, zaniechaniem odrzucenia oferty Paramedica Polska sp. z o.o. oraz jej wyborem jako najkorzystniejszej oferty w zakresie części (zadania) nr 16 nie zgodził się Odwołujący, który w dniu 11.08.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp, mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie przetargu, tj.:

1) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp polegające na oparciu rozstrzygnięcia przetargu w zakresie części (zadania) nr 16 na następujących kryteriach: cena o wadze 60%, okres gwarancji o wadze 10% i ocena techniczna o wadze 30%, podczas gdy kryteria te i przypisana im waga nie zostały w powyższy sposób opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w momencie jej ogłoszenia, zaś zamawiający nie wprowadził skutecznie do SIWZ kryterium oceny technicznej o wadze 30% na późniejszym etapie, i tym samym naruszenie to polegało na oparciu rozstrzygnięcia przetargu na kryteriach niewskazanych w SIWZ;

2) naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp polegające na wezwaniu przez Zamawiającego wykonawcy Paramedica Polska sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie części (zadania) nr 16, podczas gdy zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy w treści oferty istniała wyraźna sprzeczność, zaś wyjaśnienia miały na celu zmianę treści złożonej oferty;

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Paramedica Polska sp. z o.o., podczas gdy oferta ta nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie części (zadania) nr 16 co do kryterium dotyczącego czasu ładowania baterii;

4) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części (zadania) nr 16 w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, a to poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów nieznanymi wykonawcom oraz poprzez dopuszczenie o wykazania przez Paramedica Polska sp. z o.o. spełniania przez oferowany sprzęt wymogów technicznych stawianych przez zamawiającego w inny sposób niż wskazany w SIWZ.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w zakresie części (zadania) nr 16,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części (zadania) nr 16,

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Paramedica Polska sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny w kwestionowaniu czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że jego oferta została oceniona jako druga, w związku z czym uwzględnienie odwołania, skutkujące ponowną oceną ofert spowoduje, iż w zakresie zadania nr 16 zostanie wybrana jego oferta.

Przede wszystkim w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał oceny ofert w zakresie zadania nr 16 z uwzględnieniem kryteriów nieujętych w pkt.14 SIWZ.

Zwrócił uwagę, że w ramach zadania nr 16 zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cenę (waga 90%) i okres gwarancji (waga 10%) bez trzeciego kryterium - oceny technicznej.

Jednocześnie podniósł, że powyższe kryteria nie uległy zmianie pomimo udzielanych przez Zamawiającego wyjaśnień i dokonywanych w toku postępowania zmian SIWZ.

Zmiany te – zdaniem Odwołującego - wprowadzane były wyłącznie w zakresie specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik do SIWZ, nie zaś w samej treści SIWZ, wobec czego należy je uznać za bezskuteczne.

Wywodził, że bez wprowadzenia zmiany w zakresie pkt 14 SIWZ co do liczby i wagi kryteriów oceny ofert Zamawiający nie mógł ocenić ich inaczej, jak zgodnie z pkt 14 SIWZ.

Wskazał, że z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak i protokołu postępowania wynikało, że Zamawiający ocenił oferty Odwołującego i Paramedica Polska sp. z o.o. uwzględniając następujące kryteria: cena (waga 60%), okres udzielanej gwarancji (10%) i ocena techniczna (30%), podczas gdy ostatnie z wymienionych kryteriów oceny ofert nigdy nie zostało wprowadzone do SIWZ, jak również przyznana mu waga.

Twierdził, że gdyby Zamawiający wprowadził takie dodatkowe kryterium to on zakwestionowałby jego wprowadzenie lub chociażby samą jego wagę jako nieadekwatną do parametrów, które podlegały ocenie w ramach tego kryterium.

W ocenie Odwołującego parametry, które Zamawiający usiłował wprowadzić po składaniu wyjaśnień do treści SIWZ (koszty wymiany akumulatora, urządzenie działające na zasadzie pasa piersiowego i funkcja współpracy w czasie rzeczywistym z oferowanym defibrylatorem dwufazowym) mają niewielkie znaczenie i wobec tego ich wprowadzenie było nieuzasadnione. Nawet gdyby Zamawiający byłby w stanie wykazać, że parametry te mają istotne znaczenie dla pacjenta i że mogły zostać wprowadzone przez zamawiającego w toku postępowania, bo umknęły mu na etapie tworzenia SIWZ, to waga 30% z pewnością zostałyby skutecznie przez Odwołującego zakwestionowana. Odwołujący tłumaczył, że nie miał jednak szansy, ażeby wnieść odwołanie co do treści SIWZ, która w kwestionowanym zakresie nie uległa zmianie.

Wobec tego, że Zamawiający nie zmienił skutecznie SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w zadaniu nr 16, Odwołujący uważał, że tamten dokonał oceny ofert z uwzględnieniem kryteriów, których w SIWZ nie było.

W części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp Odwołujący wskazał, że oferta Paramedica Polska sp. z o.o. powinna zostać przez zamawiającego odrzucona z uwagi na niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ.

Zauważył, że po wprowadzeniu zmian do specyfikacji technicznej w dniu 14 czerwca 2011 r. zamawiający żądał, aby urządzenia oferowane w części nr 16 spełniały następujące kryterium „Zasilanie akumulatorowe: czas pracy do 30 minut, czas ładowania poniżej 4 godzin”.

Ponadto zwrócił uwagę, że stosownie do pkt 7.4 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców dołączenia do oferty materiałów informacyjnych w postaci: materiałów producenta, katalogów, folderów, instrukcji obsługi w celu potwierdzenia i weryfikacji informacji podanych w formularzu specyfikacji technicznej (parametry techniczne).

Podniósł, iż Paramedica Polska sp. z o.o. złożyła ofertę, do której załączyła specyfikację techniczną (ulotkę) urządzenia AutoPulse, z której wynika, że baterie urządzenia ładowane są w maksymalnym czasie poniżej 4,5 godziny, co nie spełnia wymagania specyfikacji technicznej w tym zakresie.

Zaznaczył również, że do oferty została załączona również instrukcja obsługi oferowanego urządzenia, z której wynika, że czas ładowania baterii wynosi maksymalnie 4,25 godziny.

Wezwanie zaś Paramedica Polska sp. z o.o. przez Zamawiającego do wyjaśnienia powyższej rozbieżności i złożona w dniu 1 sierpnia 2011 r. odpowiedź, w ocenie Odwołującego nie mogły skutecznie konwalidować uchybienia wykonawcy, którego oferta powinna ulec odrzuceniu.

W uzasadnieniu tego zarzutu podkreślił, że Zamawiający nie powinien był wzywać Paramedica Polska sp. z o.o. do składania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., brak było bowiem do tego przesłanek, ponieważ w treści oferty wykonawcy zachodziła nieusuwalna sprzeczność, z jednej strony, bowiem oświadczenie, które zostało złożone wraz z formularzem specyfikacji technicznej potwierdzało spełnianie warunku dotyczącego zasilania urządzenia, z drugiej zaś strony specyfikacja techniczna (ulotka) i instrukcja obsługi załączone przez wykonawcę zgodnie z wymogiem pkt 7.4 SIWZ do oferty potwierdzały inny parametr oferowanego urządzenia.

W ocenie Odwołującego wezwanie Zamawiającego nie może prowadzić do jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, a wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, ale nie mogą ich ani zmieniać ani rozszerzać ani ograniczać.

Zdaniem Odwołującego skoro w ofercie Paramedica Polska sp. z o.o. zachodziła sprzeczność, to nie było możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, albowiem wyjaśnienia te (niezależnie od ich skuteczności, o czym poniżej) miały na celu zmianę treści oferty, czyli działanie sprzeczne z art. 87 ust. 1 Pzp.

Oświadczenie zaś ZOLL Circulation załączonego do wyjaśnień, mającego potwierdzić, że urządzenia AutoPulse spełniają kryterium ładowania poniżej 4 godzin. Odwołujący ocenił jako zmianę treści oferty w zakresie załączonej do formularza ofertowego ulotki dotyczącej tego urządzenia i instrukcji jego obsługi.

Nadto Odwołujący zakwestionował oparcie się Zamawiającego w ramach złożonych wyjaśnień na oświadczeniu nieznanego pochodzenia podpisanego przez Jamesa P. jako prezesa ZOLL Circulation z którego wynika, że kryterium dotyczące ładowalności urządzeń AutoPulse w niniejszym postępowaniu jest spełnione, bowiem baterie ładują się w czasie poniżej 4 godzin.

Załączone do wyjaśnienia oświadczenie wzbudziło wątpliwości Odwołującego co do statusu osoby, która je złożyła, bowiem nie wynikało to ze złożonych dokumentów potwierdzających uprawnienia tej osoby.

Według Odwołującego również treść złożonego oświadczenia nie wyjaśnia dlaczego pomimo krótszego czasu ładowania ulotka dotycząca urządzeń AutoPulse w dalszym ciągu przewiduje maksymalny czas ładowania na 4,5 godziny, a instrukcja obsługi na 4,25 godziny.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie to zostało w sposób niebudzący wątpliwości sporządzone dla celów niniejszego postępowania.

Zwrócił także uwagę, że pismo, które zostało złożone z wyjaśnieniami nie miało charakteru oryginału, nie zostało przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego. Zaznaczył, że wprawdzie w kontaktach z Zamawiającym nie jest wymagane przedstawianie oryginałów dokumentów ani tłumaczeń przysięgłych, jednak w tym wypadku złożenie kopii budzi zastrzeżenia co do autentyczności oświadczenia.

Podkreślił, że zgodnie z pkt 7.4 SIWZ Zamawiający żądał w celu potwierdzenia i weryfikacji informacji podanych w formularzu specyfikacji technicznej (parametry techniczne) wykonawcy dołączenia do oferty materiałów informacyjnych w postaci: materiałów producenta, katalogów, folderów, instrukcji obsługi, a nie wyłącznie oświadczenia wykonawcy o tym, że jego urządzenia spełniają wymagania zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Paramedica Polska sp. z o.o. nie spełniła przedmiotowego wymogu przedstawiając ulotkę, z której wynika, że czas ładowania baterii wynosi do 4,5 godziny i instrukcję obsługi, z której wynika, że czas ładowania wynosi maksymalnie 4,25

godziny. Zauważył, że kopia oświadczenia nieznanej osoby nie może zmieniać treści oferty, na którą składają się również załączniki.

Wskazał także, że Zamawiający w SIWZ zażądał przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez sprzęt wymagań technicznych, określając również ich rodzaj (pkt 7.4 SIWZ mówi o materiałach producenta, katalogach, folderach, instrukcjach obsługi), a żądając dodatkowo od Paramedica Polska sp. z o.o. wyjaśnień i akceptując przedłożone oświadczenie ZOLL Circulation Zamawiający odstąpił od sformułowanych przez siebie postanowień SIWZ.

Podniósł, że zarówno ulotka, jak i instrukcja obsługi potwierdziły maksymalny czas ładowania powyżej 4 godzin.

Powołał się przy tym na: wyciąg z ulotki (specyfikacji technicznej) urządzenia AutoPulse, wyciąg z instrukcji obsługi systemu zasilania AutoPulse, wyciąg z instrukcji obsługi AutoPulse.

Zauważył również, że bez znaczenia jest fakt, iż baterię można naładować poniżej 4 godzin, jeżeli maksymalny czas ładowania przekracza tę wartość, a Zamawiający określił graniczny wymóg i ten wymóg powinien zostać spełniony przez wybrane urządzenie.

Jego zdaniem nie może być innego sposobu ustalenia właściwości urządzenia, jak materiały producenta, które najdokładniej oddają jakie właściwości posiada urządzenie przez niego oferowane, a nie składane ad hoc przez nieznane osoby oświadczenia w przedmiocie tych właściwości.

Podkreślił, że wyroby medyczne są wprowadzane do obrotu na podstawie zgłoszenia, do którego powinna zostać załączona między innymi instrukcja używania, a stosownie zaś do art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (podobne brzmienie miał art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych) wprowadzanie do obrotu, wprowadzanie do używania, dystrybuowanie, dostarczanie i udostępnianie wyrobów, których instrukcje używania mogą wprowadzać w błąd co do właściwości i działania wyrobu, jest zabronione.

Wywodził z tego, że jeśli oświadczenie pana James P. jest prawdziwe i świadczy o faktycznych właściwościach urządzeń AutoPulse, należałoby przyjąć, że instrukcja używania przygotowana dla tych urządzeń jest niezgodna z prawdą.

Odwołujący jednak wyraził większe wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia z dnia 27 lipca 2011 r. uznając je jako złożone wyłącznie dla celów niniejszego postępowania i nie będące wystarczającą podstawą do przyjęcia przez Zamawiającego, że oferowane przez Paramedica Polska sp. z o.o. urządzenia są zgodne z wymaganiami SIWZ.

Ostatecznie Odwołujący podniósł, że powyższe naruszenia przepisów ustawy Pzp wpływają na ocenę zachowania zamawiającego jako naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art.7 tejże ustawy.

Podkreślił, że zamawiający usiłował zmienić kryteria oceny ofert w zakresie części nr 16 w wyniku zadawanych mu przez wykonawców pytań, a przyznana punktacja za spełnianie określonych wymogów technicznych miała faworyzować Paramedica Polska sp. z o.o.

Odstąpienie przez Zamawiającego od wymagań SIWZ w stosunku do jednego z wykonawców, które miało miejsce w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do wykazania spełniania przez sprzęt wykonawcy parametrów technicznych należy ocenić według Odwołującego jako sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

Nadto zwrócił uwagę, że urządzenie zaoferowane przez Paramedica Polska sp. z o.o. było dużo droższe niż konkurencyjne urządzenie Odwołującego i znacznie przekraczało kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części nr 16 zamówienia.

W dniu 16.08.2011r.zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – Paramedica Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert powołał się na modyfikację treści SIWZ wynikającą z pism oznaczonych numerami: 3015/11 i 3087/11 wraz ze wskazaniem na specyfikację techniczną po zmianach i załącznik techniczny.

Odpierał także zarzut niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ w zakresie czasu ładowania akumulatora tłumacząc, iż Zamawiający nie wymagał, aby czas ładowania urządzenia wynosił maksymalnie poniżej 4 godzin, a przystępujący pozostaje w przekonaniu, że czas ładowania do pełnej pojemności jest krótszy niż 4 godziny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej zmian, ofertę Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez uczestnika pism oraz wyjaśnień stron i uczestnika Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 87 ust.1, art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności badania i oceny oferty Przystępującego nie uznając podstaw do jego wykluczenia z przedmiotowego przetargu zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz czy zasadnym było wezwanie przez Zamawiającego tego wykonawcy do wyjaśnienia treści jego oferty.

Izba ustaliła, że oferta Przystępującego przed wezwaniem Zamawiającego zawierała pewne nieścisłości polegające na podaniu w ofercie z jednej strony oświadczenie o spełnianiu wymagań Zamawiającego w zakresie czasu ładowania baterii(str.143 oferty – parametry techniczne, l.p.2), a z drugiej strony na umieszczeniu w tej ofercie informacji zawartej w ulotce specyfikacji technicznej określającej inny górny poziom czasu ładowania baterii – maksymalny czas ładowania baterii poniżej 4,5 godziny.

Ustawodawca w art.87 ust.1 ustawy Pzp przewidział instytucję mającą na celu wyjaśnianie treści ofert, w tym poprzez eliminowanie ich wewnętrznych sprzeczności. Wyjaśnienia te służą również ustaleniu jednoznacznej treści oświadczeń woli składanych przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie związania ofertą muszą zostać ustalone pomiędzy zamawiającym a wykonawcami składającymi ofertę wszystkie istotne postanowienia pozwalające na wybór tego, który zaoferuje najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający zatem, jeżeli zauważył taką rozbieżność w samej ofercie to miał uprawnienie do wdrożenia tej procedury wyjaśniającej. Należy zauważyć, że wewnętrzna sprzeczność w treści oferty nie przesądza jeszcze o jej niezgodności z treścią SIWZ. Dopiero właściwe ustalenie treści oferty może dawać podstawę do uznania oferty za zgodną lub nieodpowiadającą treści SIWZ.

Jednocześnie należy stwierdzić, iż zachowanie Zamawiającego zmierzające do prawidłowego ustalenia treści oferty nie może być poczytywane za niedopuszczalną ingerencję powodującą zmianę jej treści.

Zdaniem Izby złożone w ramach wyjaśnień oświadczenie producenta nie zmieniło treści oświadczenia woli wykonawcy, lecz je potwierdziło. Jednocześnie oświadczenie to wyeliminowało powyższą rozbieżność w treści samej oferty. Z pisma z dnia 27.07.2011r. wystawionego przez Prezesa ZOLL Circulation wynika, iż wymagania techniczne do baterii zostały sporządzone we wcześniejszym okresie przy założeniu maksymalnego czasu ładowania 4,5 godziny. Z upływem czasu producent zorientował się, iż maksymalny czas ładowania jest znacznie krótszy niż wymieniony w specyfikacji technicznej. Ostatecznie w oświadczeniu tym zawarł jednoznaczny informację, że czas ładowania do pełnej pojemności jest krótszy niż 4 godziny. Informacja ta ma - według Izby - znaczenie nadrzędne również wobec informacji zawartej w przedłożonej przez Odwołującego instrukcji obsługi. Można bowiem przypuszczać, że dokument ten został stworzony przez producenta w 2005 roku, co potwierdza zastrzeżenie praw autorskich, wskazujące właśnie na powyższą datę. Zatem nie można opierać się na dokumencie wystawionym znacznie wcześniej, zawierającym anachroniczne już zapewnienie, biorąc pod uwagę aktualne doświadczenia producenta w zakresie zastosowania baterii do oferowanych urządzeń.

Należy przy tym wskazać, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które zaprzeczałyby uprawnieniom wystawcy tego oświadczenia oraz prawdziwości jego twierdzeń.

W szczególności nie dowiódł on, że oświadczenie producenta zostało sporządzone jedynie dla celu postępowania. Także argument Odwołującego o obowiązku złożenia przez Przystępującego oryginalnego pisma, przetłumaczonego przez tłumacza przysięgłego nie znalazł uznania Izby wobec potwierdzenia przez Przystępującego za zgodność z oryginałem kopii powołanego wyżej pisma.

Jednocześnie Izba uznała, że pismo wystawione przez producenta stanowi jednocześnie jego materiał, co należy potraktować jako zadośćuczynienie wymaganiu Zamawiającego określone w pkt 7.4 ppkt 2 SIWZ.

Powyższa informacja zatem - w ocenie Izby - stanowiła dostateczną podstawę do uznania przez Zamawiającego spełnienia przez ofertę Przystępującego wymogu SIWZ w zakresie Specyfikacji Istotnych warunków Techniczno – Eksploatacyjnych, l.p.2 parametrów technicznych w związku z pkt 7.4, l.p.2 SIWZ.

Co się zaś tyczy zarzutu dokonania przez Zamawiającego w sposób niezgodny z ustalonym w SIWZ kryterium oceny ofert oceny oferty Przystępującego to Izba nie podziela zapatrywania Odwołującego w tej mierze.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał zmian SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert poprzez wprowadzenie punktacji dotyczącej parametrów technicznych zaoferowanego sprzętu, która to zmiana została Odwołującemu zakomunikowana w formie specyfikacji istotnych warunków techniczno- eksploatacyjnych. Zmiana ta powinna być odczytywana odpowiednio na tle wszystkich postanowień SIWZ, w tym tych wynikających z pkt 14.4 opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego przyznał, iż zostały mu przekazane kolejne wersje zmienionej Specyfikacji Istotnych Warunków Techniczno – Eksploatacyjnych(z dnia 14 czerwca, 20 czerwca i 4 lipca 2011r.) zawierające zmiany w SWIZ poprzez dodanie postanowień zawierających punktację w zakresie parametrów technicznych obejmujących koszty wymiany akumulatora, urządzenia działającego na zasadzie pasa piersiowego lub na zasadzie tłoka oraz funkcji współpracy w czasie rzeczywistym z oferowanymi defibrylatorem dwufazowym (jeśli jest oferowany).

Odwołujący będąc poinformowany o wprowadzeniu w kryterium oceny ofert dodatkowej punktacji, nie zgadzając się z jej wprowadzeniem mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej z zachowaniem prawem przewidzianych terminów. W chwili obecnej zarzut bezprawnej zmiany kryterium oceny ofert należy potraktować jako spóźniony.

Konsekwentnie należy również przyjąć, iż wobec prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie mogło dojść do zachwiania równowagi uprawnień uczestników przetargu, a tym samym do naruszenia przepisu art.7 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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