

Sygn. akt KIO/UZP/55/07

WYROK
z dnia 11 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 11.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Medyczna, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3a, 80-210 Gdańsk** protestu / protestów* z dnia 04.12.2007 r.

przy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., Al. Wilanowska 372, 02-665 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz **Akademii Medycznej, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3a, 80-210 Gdańsk**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.**

Uzasadnienie

W dniu 22.11.2007. Zamawiający, Akademia Medyczna w Gdańsku, ogłosił postępowanie na wykonanie zadania publicznego na zakup tomografu komputerowego wielowarstwowego, w trybie przetargu ograniczonego. Na ogłoszenie odpowiedziało trzech wykonawców, w tym Siemens Sp. z o.o. Medical Solutions (Odwołujący) i GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (Przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego), składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wszyscy trzej wykonawcy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu (protokół zawierający ocenę warunków udziału w postępowaniu w aktach) i Zamawiający przekazał im Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia z dn. 29.11.2007.

W SIWZ, w pkt. VI „Zasady oceny ofert” opisano kryteria oceny ofert (cena brutto i parametry techniczne) i ich wagę w ocenie (odpowiednio – 80% i 20%), oraz wskazano sposób obliczania wartości punktowej dla poszczególnych kryteriów. Odwołujący otrzymał SIWZ w dn. 30.11.2007., i po zapoznaniu się z jej treścią, złożył w dn. 4.12.2007. protest, który został oddalony przez Zamawiającego, a rozstrzygnięcie zostało doręczone Wykonawcy w dniu 6.12.2007. Odwołujący w dniu 10.12.2007. (listem poleconym) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający, zgodnie z terminem przewidzianym w SIWZ w rozdziale XI pkt. 1 w dniu 11.12.2007. dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu została złożona jedna oferta – przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Wykonawca ten skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego zarówno do protestu (w dniu 06.12.2007.), jak i do odwołania (13.12.2007).

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

1. W zakresie parametrów opisanych w punktach: 4, 9, 17, 18, 33, 34, 35, 37, 40, 44 oraz 47 załącznika nr 3 do SIWZ – sposób oceny i porównania ofert jest wadliwy, i nie pozwala na obiektywne i jednoznaczne przyznanie ilości punktów w danej ofercie dla danego parametru. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, w sposób nie pozwalający na rzetelną ocenę ofert opisał, w jaki sposób będzie przyznawana punktacja w ramach wymienionych kryteriów, ponieważ wskazując, że przy wartościach granicznych (min-max) zostanie przyznana punktacja (od 0 do wskazanej w tabeli ilości punktów), przy wartościach pośrednich – proporcjonalna, nie przewidział, że w składanych ofertach mogą zostać zaproponowane takie same parametry, zatem nie będzie wiadomo, ile przyznać punktów za identyczne parametry i tym samym nie będzie możliwa obiektywna ocena ofert.

2. Natomiast sposób punktacji za parametry nazwane przez Odwołującego „granicznymi” (punkty nr 6, 7, 11, 31, 36, 39, 42, 43, 46, 51, 52, 73, 75, 91, 92, 114 i 116 załącznika nr 3 do SIWZ) został określony wadliwie, ponieważ nie pozwala na obiektywne i jednoznaczne przyznanie ilości punktów danej ofercie dla danego parametru w sytuacji, gdy wartość tego parametru jest jednakowa we wszystkich ocenianych ofertach i równa wartości granicznej.

3. W zakresie parametru opisanego w pkt. 9 załącznika nr 3 do SIWZ Odwołujący wskazał, że przy zastosowaniu urządzenia dwulampowego w ofercie w rubryce opisującej wartość parametru (tj. „odległość od ogniska lampy do detektora (detektorów)”), Wykonawca w złożonej ofercie może podać 2 różne odległości w centymetrach i nie jest w stanie przewidzieć, jak zostanie to ocenione przez Zamawiającego (która z dwóch odległości zostanie wzięta pod uwagę, bądź czy obie odległości należy zsumować).

Wskazując na powyższe uchybienia, Odwołujący, zarówno w proteście i odwołaniu, wniósł o unieważnienie postępowania.

Zamawiający oddalił protest, wskazując, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, jeżeli opiera swoje żądanie jedynie na zarzucie unieważnienia postępowania, a wymagania techniczne i sposób oceny parametrów umożliwiają prawidłową, obiektywną i jednoznaczną ocenę zaoferowanego sprzętu.

Przystępujący zarówno w przystąpieniu do protestu, jak i odwołania podniósł, że zarzuty Odwołującego są oparte na hipotetycznym założeniu, że w przypadku, kiedy wpłyną dwie oferty posiadające identyczne wartości parametrów, Zamawiający przy tak opisanych, jak w SIWZ, kryteriach oceny ofert nie będzie w stanie przydzielić im punktacji. Równocześnie wskazał, że oczywiste jest, iż w wypadku złożenia dwóch ofert, w których dany parametr będzie miał taką samą wartość, to właśnie ta wartość będzie uznana za najkorzystniejszą.

Na podstawie analizy dokumentacji postępowania i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując zarzuty podniesione przez Odwołującego dotyczące kryteriów oceny ofert, należy uznać, że zostały one przez Zamawiającego w SIWZ opisane prawidłowo.

Pierwsza grupa podkryteriów ocenianych w ramach kryterium „parametry techniczne” kwestionowana przez Odwołującego, a opisana w pkt. 4, 9, 17, 18, 33, 34, 35, 37, 40, 44 oraz 47 tabeli stanowiącej treść załącznika nr 3 do SIWZ, cechuje się tym, że Zamawiający

dopuszcza podanie dowolnej wartości charakteryzującej dany parametr, przy czym oceniać go będzie następująco: „wartość najmniejsza/największa (w zależności od rodzaju parametru) – “x” pkt, wartość największa/najmniejsza (w zależności od rodzaju parametru) – 0 pkt, inne wartości – proporcjonalnie. Analogicznie Zamawiający opisał sposób oceny drugiej grupy podkryteriów, której dotyczą zarzuty – o numerach 6, 7, 11, 31, 36, 39, 42, 43, 46, 51, 52, 73, 75, 91, 92, 114 i 116 wg załącznika nr 3 do SIWZ – przy czym w rubryce „parametr wymagany” tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ Zamawiający podał określoną wartość, od której oferowany parametr może być większy/mniejszy (w zależności od rodzaju parametru) albo jej równy: „wartość największa – “x” pkt, wartość graniczna – 0 pkt, inne – proporcjonalnie”.

Zgodnie z zapisem rozdz. VI ppkt 2.2. pkt 1 lit. a i b SIWZ, „w przypadku wymagań stanowiących warunki graniczne, które podlegają ocenie punktowej Zamawiający przyznaje: a) 0 punktów, gdy wartość oferowanego parametru stanowi niezbędne wymagane minimum; b) maksymalna ilość punktów, podaną dla danego parametru, gdy wartość oferowanego parametru jest większa od wymaganego niezbędnego minimum i jest największa spośród wartości tego parametru we wszystkich ofertach”. Ponadto w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ określona została ilość punktów, która zostanie przyznana za parametr graniczny.

Na gruncie postanowień SIWZ zatem jednoznacznie można ocenić, iż Wykonawca, który zaoferuje parametr będący jednocześnie parametrem granicznym i najwyższym otrzyma 0 pkt., a nie maksymalną ilość punktów, więc Zamawiający nie ma w tym wypadku dowolności w przyznawaniu punktów.

Natomiast w przypadku drugiej grupy kwestionowanych parametrów (w odniesieniu do których w tabeli nie podano oczekiwanego zakresu pożądaných parametrów) - rację należy przyznać twierdzeniom Przystępującego, iż w takim wypadku Zamawiający przyznałby maksymalną ilość punktów (jeżeli zostałyby złożone oferty zawierające ten sam parametr). Takie twierdzenie można wywieść z zapisów rozdziału VI SIWZ, stosując odpowiednio do takiej sytuacji postanowienie pkt.2b (jeżeli we wszystkich ofertach zaproponowanoby taką samą wartość parametru, należałoby ją uznać za najlepszą).

Równocześnie należy zauważyć, że w kryterium niekwestionowanym przez Odwołującego – cena brutto z wagą 80% również hipotetycznie mogłaby się zdarzyć sytuacja analogiczna do opisywanej w odwołaniu (gdyby zostały złożone co najmniej dwie oferty z identyczną ceną). Jednak opisu oceny tego kryterium Odwołujący nie podważa.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego parametru opisanego w pkt. 9 załącznika nr 3 do SIWZ, również nie dopatrzone się uchybień w opisie sposobu obliczania wartości punktowej kryteriów oceny ofert w zakresie tegoż parametru. Zamawiający w tabeli wskazał,

że najmniejszej wartości przypisze wartość punktową 1, największej - 0, z czego można wnosić, że krótsza odległość będzie promowana przez Zamawiającego. Trudno dopatrywać się w takim opisie ofert naruszenia równego traktowania wykonawców, i zasad równej konkurencji, ponieważ nie ma żadnych przesłanek, aby twierdzić, iż Zamawiający w sposób zróżnicowany oceni oferty, jeżeli będzie w nich zaproponowany ten sam parametr.

Podsumowując, nie dopatrzone się uchybień w opisie kryteriów oceny ofert, przeciwnie, Zamawiający opisał sposób oceny ofert szczegółowo, zgodnie z Prawem zamówień publicznych oraz z zastosowaniem zasad proporcjonalności w odniesieniu do zakresu oczekiwanych parametrów, przy uwzględnieniu powszechnie stosowanych przy ocenie ofert wzorów matematycznych.

Odnośnie istnienia interesu prawnego po stronie Odwołującego – stwierdzić należy, że niewątpliwie miał on interes prawny w momencie wnoszenia protestu. Nie złożył oferty, albowiem uznał, iż nie może być ona sprawiedliwie oceniona i, konsekwentnie, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście, wniósł odwołanie. Faktycznie, przyjmuje się, że wykonawca ma interes prawny w żądaniu unieważnienia postępowania tylko do momentu otwarcia ofert, po tej czynności traci możliwość takiego żądania. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mimo ostatecznego rozstrzygnięcia protestu już po otwarciu ofert (z dniem wydania niniejszego wyroku), wskazać trzeba, że protest został wniesiony w terminie i prawidłowo, a późniejsza zmiana okoliczności (otwarcie ofert), niezależna od Wykonawcy, nie może wpływać negatywnie na ocenę jego prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej, jeżeli dochował on należytej staranności na każdym etapie. W tym miejscu wskazać należy, że gdyby Zamawiający przesunął termin otwarcia ofert w związku z wniesionym protestem na postanowienia SIWZ dotyczące kryteriów oceny ofert, interes prawny Odwołującego nie byłby kwestionowany. Twierdzenie, że Wykonawca utracił prawo do podtrzymania zarzutów podnoszonych w środkach ochrony prawnej po otwarciu ofert jest nieuprawnione o tyle, że z punktu widzenia Protestującego, a następnie Odwołującego, nie miał on możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu, ponieważ żywił przekonanie, że przy zastosowaniu kryteriów opisanych przez Zamawiającego nie może być ona rzetelnie oceniona. W rezultacie wniesionych przez niego środków ochrony prawnej jednak Izba nie unieważniła postępowania, ponieważ nie dopatrzyła się nieprawidłowości w opisie przyznawania punktacji za poszczególne kryteria i podkryteria, i z całą pewnością stwierdzono, że Odwołujący mógł złożyć ofertę (skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia). W konsekwencji należy zauważyć, że badanie istnienia bądź nieistnienia interesu prawnego wykonawcy nie może być bezpośrednio związane z trafnością zarzutów przez niego podnoszonych – albowiem wówczas, w każdym przypadku, gdy zarzuty protestu

i odwołania okazują się niezasadne, należałoby uznawać, że wnoszący protest i odwołanie nie ma interesu prawnego. Tym większą wagę należy przykładać do możliwości istnienia interesu prawnego (i rozumieć go w sposób możliwie najszerszy), gdy Odwołujący z podniesionych zarzutów wywodzi skutek nieważności postępowania. Równocześnie wskazać należy, że przesłankę nieważności postępowania Izba bierze pod uwagę z urzędu, co jednak w przedmiotowym postępowaniu nie okazało się konieczne.

Wnioski, składane przez Strony na rozprawie, o przeprowadzenie dowodów z dokumentów (przez Przystępującego – z oferty Odwołującego złożonej w innym postępowaniu oraz tabeli zawierających porównanie parametrów różnych typów tomografów; przez Odwołującego – z protestu złożonego przez Przystępującego, którego to treść również dotyczy kryteriów oceny ofert) nie zostały uwzględnione. Krajowa Izba Odwoławcza w rozstrzygnięciu bierze pod uwagę dokumenty dotyczące wyłącznie postępowania o udzielenie zamówienia, w którym zostało wniesione rozpatrywane odwołanie. Strony same zresztą przyznały, że wnioskowane dokumenty mają na celu uprawdopodobnienie pewnej hipotetycznej sytuacji (Przystępujący – że oferta Odwołującego, gdyby została złożona, nie zawierałaby parametrów o identycznych wartościach, co jego oferta; Odwołujący – że w Przystępujący w innym postępowaniu sam wniósł protest o treści analogicznej do jego protestu, zatem podnoszone zarzuty są zasadne). Wnioskowane dokumenty, nawet w przypadku uwzględnienia wniosków dowodowych, nie miałyby znaczenia przy rozstrzygnięciu, które zostało oparte na dokumentacji postępowania, treści protestu, odwołania, przystąpienia do odwołania, rozstrzygnięcia protestu i stanowiskach Stron.

Reasumując, postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając kwotę 3600 zł z tytułu zastępstwa prawnego Zamawiającego

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*