

Sygn. akt: KIO/2121/11

WYROK

z dnia 17 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 września 2011 r. przez Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa

przy udziale wykonawcy Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 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. Nr 119, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę angiokardiografu z wyposażeniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 lipca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2011 r. pod numerem 2011/S 146-242558.

Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 30 września 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp,
- art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp
- art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- dokonania ponownego badania i oceny oferty Siemens, w tym odrzucenia oferty Siemens.

W dniu 20 września 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.

Powyższa czynność Zamawiającego stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy - Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako nieuzasadniony. Zamawiający w treści tego wniosku wskazywał, iż Odwołujący przesłał kopie odwołania do Zamawiającego niezgodnie z wytycznymi wskazanymi w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, tj. w taki sposób, że Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. Po pierwsze Odwołujący przesłał kopię odwołania po godzinach pracy Zamawiającego tj. po godzinie 15.05, po drugie zaś odwołanie nie wpłynęło na nr faxu wskazany na str. 10 SIWZ jako numer do kontaktowania się z Zamawiającym (fax. 599-17-04), a na numer sekretariatu ogólnego Zamawiającego. Zatem informacja o wpłynięciu odwołania Philips Polska Sp. z o.o. została faktycznie odebrana i przekazana osobom upoważnionym do działania w imieniu Zamawiającego w niniejszym postępowaniu dopiero w dniu 3 października 2011, a zatem po terminie na wniesienie odwołania na powyżej wskazaną czynność Zamawiającego.

Mając na względzie powyższą argumentację Zamawiającego Izba wskazuje, iż termin na wniesienie odwołania, a zarazem i przesłanie kopii odwołania Zamawiającemu upływał w dniu 30 września 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2011 r. oraz przesłał Zamawiającemu kopię odwołania faxem również w tej samej dacie. Zgodnie z art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj.

faxem lub drogą elektroniczną, co Odwołujący uczynił. Należy zatem uznać, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia natomiast pozostaje, czy wiadomość faxowa wpłynęła do zamawiającego w godzinach pracy oraz kiedy faktycznie Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania. W ocenie Izby terminy należy obliczać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego, który w art. 111 § 1 Kc wskazuje, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a Zamawiający nie może faktycznie ich skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach pracy Zamawiającego. Postanowienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą w tym zakresie zmieniać regulacji ustawowych. Tym samym nie stwierdzono zaistnienia podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba nie przychyliła się również do argumentacji Zamawiającego, że odwołanie nie wpłynęło na nr faxu wskazany w SIWZ jako numer do kontaktowania się z Zamawiającym, skoro sam Zamawiający w korespondencji kierowanej do wykonawców podawał numer faksu sekretariatu ogólnego, na który to Odwołujący przesłał kopię niniejszego odwołania. Zatem Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia niniejszego odwołania. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO (np. wyrok KIO z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO 933/11).

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 3 października 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 5 października 2011 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

- 1) Załącznik nr 3 do formularza oferty (tabela parametrów granicznych/wymaganych) – poz. 11 – pozycja parkingowa ramienia C, Odjazd ramienia C w bok lub do tyłu do pozycji umożliwiającej nieograniczony dostęp do pacjenta na stole ze wszystkich stron umożliwiający prowadzenie rutynowych zabiegów chirurgicznych – naczyniowych z dostępem anestezjologów, chirurgów i personelu pomocniczego w obrębie całego ciała – min. 80 cm od krawędzi blatu stołu do elementów ramienia C na wysokość od podłogi do min. 2 m.

Zamawiający w dniu 19 sierpnia 2011 r. udzielił odpowiedzi na zadane pytanie w powyższym zakresie:

Pytanie nr 20 – Czy Zamawiający, specyfikując funkcjonalność ww. punkcie, ma na myśli odjazd ramienia C w bok lub do tyłu do pozycji umożliwiającej nieograniczony dostęp do pacjenta na stole ze wszystkich stron, t.j. min. 80 cm od krawędzi blatu stołu w jego parkingowym położeniu, bez konieczności jego obracania w rzucie prostopadłym na wysokość min. 2,0 m od elementów ramienia C, włączając w to elementy montażowe?

Zamawiający udzielił odpowiedzi pozytywnej, wskazując że do wysokości 2,0 m.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący nie zaoferowania w/w funkcjonalności przez Przystępującego, wskazując że treść oferty nie spełnia wymogu Zamawiającego określonego w SIWZ, a oferta tym samym, podlega odrzuceniu.

Izba wzięła pod rozwagę argumentację Zamawiającego i Przystępującego, że wymagane parametry wynikają z tabeli parametrów granicznych zawartych w załączniku nr 3. Powyższa kwestionowana funkcjonalność wynika nie tylko z pozycji 11 formularza, jak również z pozycji 3, w której wskazuje się że wykonywania angiografii podczas zabiegów chirurgicznych w obrębie brzucha i kończyn dolnych bez konieczności obracania stołu operacyjnego, zabiegi operacyjne prowadzone w pozycji parkingowej stołu. Powyższe miały również potwierdzać załączone prospekty i rysunki (m. in. str. 26 oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o.). Zatem biorąc pod uwagę zarówno z jednej strony zapisy SIWZ, jak również z drugiej – wymagania wskazane w tabeli parametrów granicznych należało uznać, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Odnosząc się do zarzutu, że oferta Siemens Sp. z o.o. nie spełnia również wymogów w odniesieniu do wymiarów poszczególnych pól, w ocenie Izby powyższy zarzut również nie

potwierdził się. Odwołujący wywodził, że Przystępujący nie podał – wobec wyraźnych wymagań – wymiarów pól w pkt V ppkt 1 – (tor wizyjny).

Izba ustaliła, że w pkt V ppkt 1 – obracany panel cyfrowy o boku min. 30x40 cm (min. 6-polowy wymiary minimalnego pola max. – 17 cm), rok produkcji nie wcześniej niż lipiec 2010 r. – należało podać wymiary poszczególnych pól i datę produkcji.

Izba ustaliła, że Przystępujący podał przekątną poszczególnych pól: 48, 42, 32, 22, 16, 11 cm., rok produkcji 2011 r.

Biorąc pod uwagę brak wytycznych Zamawiającego w zakresie wskazania poszczególnych wymiarów, (podania długości czy też szerokości) wykonawcy uprawnieni byli do wskazania również przekątnej a, twierdzenie Odwołującego, że nie wskazano w ogóle wymiarów pól jest niewłaściwe.

Odnosząc się do zarzutu, niezgodności oferty Przystępującego w zakresie wskazanych prac przystosowawczych i podanej w formularzu ceny tych prac, Izba uznała że argumentacja Odwołującego sprowadza się do twierdzeń, że powyższa kwota wskazana przez Przystępującego (ze względu na charakter prac) powinna być wyższa. Argumentacja Odwołującego osadza się w twierdzeniach, że inni wykonawcy podali kwotę wyższą niż Simens Sp. z o.o. zatem należy wnioskować, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ a powyższe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że w zakresie niniejszego zarzutu w formularzu cenowym (załączniku nr 2) ppkt 2 – prace przystosowawcze – należało podać wartość brutto tych prac. Przystępujący wskazał kwotę 24.600, 00 zł brutto.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że nie wymagał on aby (w załączniku nr 2) wykonawcy wskazywali zakres prac przystosowawczych należało jedynie podać kwotę tych prac co Przystępujący uczynił. Zatem powyższy zarzut również nie potwierdził się w niniejszym stanie faktycznym.

Izba zauważyła, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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:

.....