

Sygn. akt: KIO 1957/12

WYROK

z dnia 25 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 września 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2012 r. przez wykonawcę **Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny Instytutu Stomatologii Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Pomorska 21**

przy udziale wykonawcy **Mediso Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Al. Piłsudskiego 135** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1957/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w całości,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy Siemens spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** na rzecz zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego Instytutu Stomatologii Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Pomorska 21** kwotę 217 zł. 31 gr.

(słownie: dwieście siedemnaście złotych trzydzieści jeden groszy) z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

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 Łodzi**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę dwugłowicowej rotacyjnej kamery scyntylicyjnej SPECT z wyposażeniem na potrzeby Zakładu Medycyny Nuklearnej Centralnego Szpitala Klinicznego Instytutu Stomatologii w Łodzi” zostało wszczęte przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny Instytutu Stomatologii Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Pomorska 21 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 10 lipca 2012 za numerem 2012/S 130-216134.

W dniu 5 września 2012r. zamawiający faksem i drogą elektroniczną powiadomił wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Mediso Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Al. Piłsudskiego 135.

W dniu 14 września 2012r. odwołujący Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11 wniósł odwołanie na

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Mediso Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi;
- 2) w konsekwencji zaniechania określonej w punkcie 1. czynności wyboru oferty Mediso - jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) zaniechania wyboru oferty odwołującego – jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 65 ust. 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), art. 82 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt. 2 względnie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy. Wniósł o : nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Mediso - jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Mediso oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniósł, że ma on jako wykonawca, który złożył ważną i najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, oczywisty interes w uzyskaniu zamówienia, zaś wskutek dokonanego z naruszeniem przepisów ustawy przez zamawiającego zaniechania odrzucenia oferty Mediso, i w konsekwencji wyboru oferty Mediso jako najkorzystniejszej w postępowaniu, ponosi szkodę, ponieważ wskutek tych czynności zamknięta została mu droga do uzyskania zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z wymogiem określonym w rozdziale X punkt 11 SIWZ wykonawcy byli obowiązani do wykorzystania załączonych wzorów dokumentów - załączników. Wszystkie pola i pozycje tych wzorów powinny być być wypełnione, w szczególności zawierać

wszystkie wymagane informacje i dane. Mediso nie uczynił zadość powyższemu wymaganiu SIWZ, nie specyfikując w punkcie 4.2. załącznika nr 2 do SIWZ pod nazwą: "Wymagania techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia" oferowanego typu zestawu kolimatorów wysokoenergetycznych (str. 3 oferty Mediso). Zgodnie z punktem 4.2. Załącznika nr 2 zamawiający dopuszczał możliwość zaoferowania zestawu kolimatorów typu: HE (High Energy) lub HEGP (High Energy General Purpose). Mediso nie sprecyzował jednak, jaki typ kolimatorów oferuje, ponieważ w kolumnie Potwierdzenie wymagania/Odpowiedź oferenta" wpisał jedynie słowo TAK. Taka odpowiedź Mediso, uwzględniając konstrukcję załącznika nr 2 oraz sposób udzielenia przez Mediso odpowiedzi na inne wymagane parametry w załączniku nr 2, prowadzi do wniosku przy uwzględnieniu reguł wykładni oświadczeń woli wynikających z art. 65 par. 1 i 2 kc w zw. z art. 14 ustawy, iż oświadczenie woli wykonawcy Mediso w zakresie punktu 4.2 załącznika nr 2 do SIWZ nie zawiera wymaganego rozdziałem X punkt 11 SIWZ zakresu informacji o oferowanym produkcie. Co więcej, materiały firmowe producenta załączone do oferty Mediso (strona 36 i 37 oferty) dotyczące parametrów oferowanego urządzenia ANYSCAN S, złożone w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane urządzenie parametrów wymaganych w SIWZ zgodnie z rozdziałem VI punkt 20 SIWZ, wprowadzając potwierdzają, iż zaoferowane urządzenie spełnia wymóg punktu 4.2 Załącznika nr 2 do SIWZ, ale jednocześnie potwierdzają, iż urządzenie to może być dostarczone w dwóch wersjach: tj. w wersji z zestawem kolimatorów typu HE, jak również w wersji z zestawem kolimatorów typu HEGP. Powyższe okoliczności, zdaniem odwołującego, przesądzają o niezgodności treści oferty Mediso z treścią SIWZ i skutkować winny odrzuceniem oferty Mediso przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy - wykonawca bowiem wbrew wymogowi SIWZ nie określił, którą wersję urządzenia ANYSCAN S zaoferował zamawiającemu, tj. czy tę w wersji z zestawem kolimatorów HE, czy taką w wersji z zestawem kolimatorów HEGP. Odwołujący zwrócił uwagę, iż niezgodność ta nie może zostać skorygowana w oparciu o przepisy art. 87 ust. 2 PZP, ponieważ nie ma powodu, aby przypuszczać, iż treść oświadczenia woli MEDISO w zakresie punktu 4.2 załącznika nr 2 zawierała błędy, a tym bardziej kwalifikowany błąd w postaci omyłki. Niezgodność taka nie może być również usunięta w trybie wyjaśnień, ponieważ wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. W tym zakresie powołał wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2011 r. sygn. akt. KIO 1551/11. Dodatkowo odwołujący zauważył, iż jego zdaniem ww. niezgodność treści oferty Mediso z treścią SIWZ, wypełnia również hipotezę normy z art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy tj. oferta Mediso jest niezgodna z ustawą i powinna podlegać odrzuceniu. Niezgodność ta polega na naruszeniu art. 82 ust. 1 ustawy tj. przepisu, który przewiduje możliwość złożenia przez wykonawcę wyłącznie jednej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z obecną treścią oferty Mediso, wykonawca ten zaoferował dostawę urządzenia w wersji z zestawem kolimatorów HE lub w wersji z

zestawem kolimatorów HEGP. Wybór przez zamawiającego tak skonstruowanej oferty dostawy powodować będzie, że zakres świadczenia wykonawcy dostarczającego urządzenie będzie znany - aż do momentu zgłoszenia urządzenia do odbioru - wyłącznie jemu samemu, czyli dostawcy. Jednocześnie zaś zamawiający będzie musiał zaakceptować dostawę zarówno jednej wersji urządzenia, jaki i drugiej - w zależności od tego, którą z nich akurat zdecyduje się dostarczyć wykonawca. Oferta taka jest zatem wielowariantowa. Oferta MEDISO to, według odwołującego, w rzeczywistości dwie oferty dostawy różniące się co do zakresu oferowanego świadczenia. Oznacza to, że Mediso tym samym złożyło więcej niż jedną ofertę, co narusza art. 82 ust. 1 ustawy i skutkować winno jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy. Powołał w tym zakresie stanowisko doktryny- J. Pieróg Prawo zamówień publicznych. Komentarz." Rok 2012 wydanie 11 komentarz do art. 82 ust. 1 PZP oraz SO w Warszawie w wyroku z dnia 9 lutego 2009 r. Sygn. akt: V Ca 2446/09: Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 września 2012r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 września 2012r.

W dniu 14 września 2012r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 września 2012r. zgłosił swój udział w sprawie po stronie zamawiającego wykonawca Mediso Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Al. Piłsudskiego 135 wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na potrzebie obrony swojej oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienie została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 września 2012r. faksem.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, załącznika nr 2 w brzmieniu nadanym w wyniku modyfikacji siwz z dnia 10 sierpnia 2012r., oferty Mediso, wezwania do wyjaśnień z dnia 31 sierpnia 2012r. oraz wyjaśnień z dnia 5 września 2012r.

W rozdziale X pkt 11 siwz zamawiający wymagał „Wykonawców obowiązuje wykorzystanie załączonych wzorów dokumentów – załączników. Wszystkie pola i pozycje tych wzorów winny być wypełnione, a w szczególności zawierać wszystkie wymagane informacje i dane.”

W załączniku nr 2 do siwz zamawiający zamieścił Wymagania techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia i określił wymagania i parametry techniczne urządzenia oraz warunek wymagany i nakazał podać potwierdzenie wymagań – odpowiedź oferenta. W pkt. 4.2. zamieścił wymaganie „Wysokoenergetyczny (HE lub HEGP) – zestaw” w warunku wymaganym wskazał „TAK”.

W ofercie wykonawca Mediso wskazał :

Na stronie 2 załącznika nr 2 w pkt. 4.2. kolumna 4 – TAK, Na stronie 36 w opisie urządzenia AnyScan S – dwugłowicowa gamma kamera SPECT Specyfikacja parametrów technicznych w parametrze kolimatory/czujniki w pkt. 2 wskazał wysokoenergetyczny (HE lub HEGP) – zestaw.

W dniu 31 sierpnia 2012r. zamawiający wezwał Mediso na podstawie 26 ust. 3 do złożenia materiałów informacyjnych producenta aparatu dokładnie opisujące oferowany przedmiot zamówienia co najmniej pod kątem potwierdzenia wymaganych parametrów technicznych zgodnie z opisem siwz w języku polskim lub angielskim np. folder, katalogi, ulotki informacyjne, dokumentację techniczną.

W dniu 5 września 2012r. wykonawca wybrany złożył pismo – uzupełnienie, w którym podniósł, że wezwanie nie precyzuje powodu uznania za niewystarczające materiałów informacyjnych przedłożonych wraz z ofertą. Wskazał wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 1551/10, KIO 1821/10, KIO 2287/10 i 2307/10. Z ostrożności przedłożył materiały informacyjne od producenta oferowanego sprzętu w języku angielskim. Na stronie 8 tych materiałów znajdują się obliczenia dla kolimatora HEGP.

Izba dopuściła dowód z graficznej prezentacji kolimatora oraz porównania czułości kolimatorów HE, HEGP, HEGP.

Izba dopuściła dowód z wyciągów specyfikacji technicznych urządzeń firm Philips, GE, Siemens, z których wynika, że Philips i GE posługuje się określeniem HEGP dla kolimatora, zaś Siemens – HE.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie wykonawcy Mediso spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta odwołującego została uznana przez zamawiającego za ofertę nie podlegającą odrzuceniu i sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert po ofercie Mediso. Odwołanie zmierza do wyeliminowania z postępowania wykonawcy Mediso, co daje odwołującemu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał w tytule realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 82 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mediso pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada pkt. 11 rozdziału X siwz.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Zamawiający w siwz w załączniku nr 2 podał wymaganie i parametr techniczny w pkt. 4.2 o treści „Wysokoenergetyczny (HE lub HEGP)-zestaw, wskazał, że warunek ten jest wymagany „TAK”, przystępujący w swojej ofercie na str. 2 w tym punkcie w kolumnie 4 podał „TAK”. W ocenie Izby brak jest jakiegokolwiek przesłanki do przyjęcia, że tak przedstawiona treść oferty nie odpowiada treści siwz. Powoływany przez odwołującego rozdział X pkt 11 siwz nakazuje podanie danych w załącznikach, ale ogranicza ich zakres do danych wymaganych „w szczególności zawierać wszystkie wymagane informacje i dane”. Rację należy przyznać zamawiającemu, że odzwierciedlenie w treści siwz ma przedstawiona przez niego interpretacja siwz, zgodnie z którą jeśli wymagał dla danego parametru podania danych, to takie żądanie zawierał w kolumnie 3 w „Warunku wymaganym”. Świadczą o tym pozycje: poz. 1. Dwugłowicowa gamma kamera SPECT – podać typ/model, poz. 1.1. Aparat fabrycznie nowy, niepowystawowy, z bieżącej produkcji, rok prod. 2012 – tak, podać rok. prod., poz. 3.5. Wymiary prostokątnego użytecznego pola widzenia detektora (UFOV) nie mniejsze niż 50x 35 cm – tak, podać, poz. 13.2. Gwarantowany czas reakcji serwisu (...) od pracy – podać, poz. 13.3. Czas naprawy max. 5 dni roboczych (...) naprawy – podać. Przy poz. 4.2. nie było wymogu podania rodzaju czy typu kolimatora i poza odwołującym, żaden inny wykonawca nie skonkretyzował w załączniku nr 2 czy oferuje HE czy HEGP. Zatem nie sposób zgodzić się z zarzutem odwołującego, że dla poz. 4.2. załącznika nr 2 do siwz zamawiający wymagał podania typu czy rodzaju kolimatora, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że brak tej informacji stanowi o tym, że oferta przystępującego Mediso nie odpowiada treści siwz. Izba nie

dopatrzyła się w działaniu zamawiającego zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w stosunku do oferty przystępującego Mediso.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 65 ust. 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy w związku z art. 82 ust. 1 ustawy i art. art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mediso pomimo tego, że Mediso złożyło ofertę wielowariantową.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut oparty był na tezie odwołującego, że istnieją dwa różne typy kolimatorów wysokoenergetycznych, to jest kolimator wysokoenergetyczny High Energy (HE) i kolimator wysokoenergetyczny High Energy General Purpose (HEGP). Tezy tej jednak odwołujący nie udowodnił. W ocenie Izby wykazywana rozbieżność w czułości pomiędzy kolimatorem odwołującego oznaczanym jako HE, a kolimatorami GE i Mediso oznaczanymi jako HEGP nie jest wystarczającą podstawą do przyjęcia, że istnieją różne typy kolimatorów wysokoenergetycznych. Również pomiędzy podawanymi przez odwołującego kolimatorami oznaczanymi HEGP produkowanymi przez GE i Mediso w zakresie czułości tych kolimatorów zachodzą różnice, a mimo to odwołujący uznaje je za jeden typ. Odwołujący nie wykazał natomiast jakie cechy techniczne pozwalają na przyjęcie, że dany kolimator zostanie zaliczony do typu HE, a jaki do HEGP. Izba w tym zakresie dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego, że pojęcia HE i HEGP są to nazwy rynkowe, potoczne i nie oznaczają typu urządzenia. To stanowisko potwierdza oferta firmy Philips, gdzie na str. 60 w lewej kolumnie ostatni wiersz wskazuje na typy kolimatorów urządzenia BrightView X and XCT, gdzie wyróżnia się kolimatory LE, ME, HE i pinhole, natomiast na str. 63 podaje się specyfikację kolimatorów wskazując na dane techniczne kolimatora HEGP. Podobna sytuacja ma miejsce w ofercie odwołującego, gdzie na stronie 75 podaje się specyfikacje techniczne kolimatorów, w tym kolimatora HE, natomiast na przywołanej str. 80 wskazuje się na „variety of collimators for general purpose and specialized imaging applications”. Analiza złożonych ofert prowadzi do wniosku, że brak jest podstaw do uznania, że wśród kolimatorów wysokoenergetycznych wyróżniane są dwa typy HE i HEGP, których jednoczesne zaoferowanie mogłoby rodzić trudności w ocenie przedmiotu oferty. Tym samym Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego, że wymogiem siwz było zaoferowanie kolimatora wysokoenergetycznego niezależnie od nomenklatury przyjęte u danego wykonawcy, co do skrótu nazwy takiego kolimatora. W ocenie Izby przystępujący wykazał, że zaoferował kolimator wysokoenergetyczny, a brak jest dowodu na to, że zaoferował w jednej ofercie dwa typy kolimatora. Przeczy takiemu stanowisku materiał informacyjny producenta załączony w wyniku uzupełnienia, z którego wynika, że przystępujący oferuje kolimator wysokoenergetyczny pod nazwą HEGP. W ocenie Izby zatem w ofercie przystępującego nie

zachodzi wielowariantowość, a przedmiot oferty jest jednoznaczny. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy i kodeksu cywilnego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba obciążyła odwołującego obowiązkiem zwrotu zamawiającemu kosztów postępowania tj. kosztów dojazdu na rozprawę zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący