

Sygn. akt: KIO 2094/12

## WYROK

z dnia 16 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2012 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Siemens Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Siemens Finance Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Siemens Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Siemens Finance Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Siemens Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Siemens Finance Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Żupnicza 11, 03-821 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: "Rezonans magnetyczny (leasing) i modernizacja Zakładu Diagnostyki Obrazowej w zakresie rezonansu magnetycznego: Etap I: Modernizacja Zakładu Diagnostyki Obrazowej Etap II: Rezonans magnetyczny (leasing)". Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2012/S129-214058.

Odwołujący - Konsorcjum firm Siemens Sp. z o.o. oraz Siemens Finance Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: MEDFinance S.A., SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. i GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (zwanym dalej „Konsorcjum MEDFinance”) i w konsekwencji zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 65 ust. 1 i 2 k.c. w zw. z Art. 14 PZP, art. 709 indeks 1 kc w zw. z art. 58 par. 1 kc w zw. z art. 14 kc, art. 82 ust. 3 PZP, art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, względnie art. 89 ust. 1 pkt. 8 i 3 PZP. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum MEDFinance jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum MEDFinance oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W punkcie 10.5. poz. 2 SIWZ zamawiający zawarł wymóg: „Oferta musi zawierać: Formularz cenowy o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ.” Zgodnie z punktem 12.3 SIWZ: „Wykonawca jest zobowiązany określić wszystkie elementy ceny w odniesieniu do wszystkich pozycji wymienionych w Formularzu cenowym. Cenę oferty stanowi cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, będąca sumą wartości pozycji 1,2,3 w Tabeli 7, w pozycji 4 w Tabeli 3 Formularza cenowego, obliczonych na podstawie cen jednostkowych i uwzględniająca wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania całego przedmiotu zamówienia.”

Odwołujący podniósł, że wbrew powyższym wymogom wykonawca Konsorcjum MEDFinance w swojej ofercie w Formularzu cenowym nie określił w Tabeli nr 2 poz. 1 jakiegokolwiek składnika ceny w stosunku do części zamówienia pn.: „Dostawa, instalacja, uruchomienie rezonansu magnetycznego wraz z urządzeniami towarzyszącymi, szkolenia: Grupa 1, Grupa 2, Grupa 3, a w tym przeprowadzenie wszystkich wymaganych testów dopuszczających do uruchomienia określone w pkt. II. 2 Etapu II określonego w załączniku nr 1 do SIWZ”. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Konsorcjum MEDFinance dokonał

nieuprawnionej zmiany w treści Formularza cenowego stanowiącego załącznik do SIWZ polegającej na wykreśleniu pozycji w Tabeli 2 poz. 1, w których należało określić elementy ceny za „Dostawę, instalację, uruchomienie rezonansu magnetycznego wraz z urządzeniami towarzyszącymi, szkolenia: Grupa 1, Grupa 2, Grupa 3, a w tym przeprowadzenie wszystkich wymaganych testów dopuszczających do uruchomienia określone w pkt. II. 2 Etapu II określonego w załączniku nr 1 do SIWZ”.

Niezgodności powyższe stanowią w ocenie Odwołującego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i powinny skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. Ustawy.

Odwołujący argumentował, że brak określenia przez wykonawcę Konsorcjum MEDFinance cen za jedną z części zamówienia wchodzącą w skład Etapu II można uznać za de facto niezaoferowanie przez to Konsorcjum tej części zamówienia do wykonania. Fakt nie podania ceny za jedną z części zamówienia można interpretować jako jej nie zaoferowanie. Niezgodność taka stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy.

Jak podnosił Odwołujący, jeżeli przyjąć, że część zamówienia określona jako „Dostawa, instalacja, uruchomienie rezonansu magnetycznego wraz z urządzeniami towarzyszącymi, szkolenia: Grupa 1, Grupa 2, Grupa 3, a w tym przeprowadzenie wszystkich wymaganych testów opuszczających do uruchomienia określone w pkt. II. 2 Etapu II określonego w załączniku nr 1 do SIWZ” została zaoferowana przez Konsorcjum MEDFinance to koszty związane z jej wykonaniem wykonawca ten musiał doliczyć do pozycji nr 2 Tabeli nr 2 tj. Rezonans magnetyczny. Wykonawca nie wykazał tych kosztów w poz. 3 Tabeli 3 „Inne koszty związane z realizacją zamówienia, w tym: ...” wpisując słowo „BRAK”, toteż doliczyć je mógł jedynie do poz. 4 Tabeli nr 3 „Całkowity koszt leasingu rezonansu magnetycznego”.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Konsorcjum MEDFinance nie był uprawniony doliczyć kosztów „Dostawy, instalacji, uruchomienia rezonansu magnetycznego wraz z urządzeniami towarzyszącymi, szkolenia: Grupa 1, Grupa 2, Grupa 3, a w tym przeprowadzenia wszystkich wymaganych testów dopuszczających do uruchomienia określone w pkt. II. 2 Etapu II określonego w załączniku nr 1 do SIWZ” do kosztów leasingu rezonansu magnetycznego, ponieważ te elementy realizacji Etapu II nie mogą być z mocy prawa przedmiotem umowy leasingu. Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi umowy leasingu, przedmiotem umowy leasingu może być jedynie „rzecz”. Ta wada oferty Konsorcjum MEDFinance, zdaniem Odwołującego, stanowi zarówno o jej niezgodności z treścią SIWZ skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy (wykonawca niezgodnie z wzorem umowy doliczył koszty związane z realizacją do rat z tytułu umowy leasingu) jak i może być traktowane jako złożenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów - tj. art. 89 ust. 1 pkt. 8 Ustawy na podstawie art. 709 indeks

1 kc w zw. z art. 58 par. 1 kc w zw. z art. 14 kc poprzez uczynienie przedmiotem leasingu innego przedmiotu niż rzecz.

Jako argumentację dodatkową Odwołujący wskazał, iż gdyby nawet hipotetycznie wykonawca Konsorcjum MEDFinance twierdził, iż rata leasingowa obejmuje zgodnie z prawem i zasadami leasingu wyłącznie wartość leasingu „rzeczy” czyli rezonansu magnetycznego a zakres zamówienia ujęty w Tabeli 3 poz. 3 został zaoferowany z ceną 0 zł to wówczas należy podnieść, iż wykonawca ten dodatkowo dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie bowiem z art. 3 ust 1. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zaoferowanie ceny za świadczenie dokładnie opisanych szkoleń personelu medycznego, oraz pracowników Działu Elektroniki Medycznej jak również za wykonanie instalacji, przeprowadzenie testów dopuszczających do uruchomienia na poziomie 0 zł jest nie tylko poniżej kosztów własnych ale i ceną niemożliwą do zaoferowania i w sposób niewątpliwy naruszający dobre obyczaje i zakłócający sytuację konkurencyjną w przedmiotowym postępowaniu. Podnoszony powyżej zakres zamówienia z hipotetycznie przyjętym wynagrodzeniem na poziomie 0 zł stoi w sprzeczności chociażby z samą definicją zamówienia publicznego - zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zamówienie publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą a w tym przypadku część świadczenia objętego zamówieniem publicznym jest świadczeniem nieodpłatnym.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, że wykonawca Konsorcjum Medfinance w formularzu cenowym w pozycji nr 1 w tabeli nr 2 wpisał nazwę usługi i pozycji tej nie wykreślił, co wskazuje na fakt zaoferowania przez wykonawcę Konsorcjum MedFinance tej usługi. Izba ustaliła, iż w formularzu cenowym wykreślone zostało jedynie miejsce, gdzie powinna zostać wpisana wielkość liczbowa, bez wpisywania żadnych wartości liczbowych. Takie działanie wykonawcy Konsorcjum MedFinance wskazuje na zamiar tego wykonawcy podania w pozycji nr 1 tabeli nr 2 wartości

0 zł. W ocenie Izby nieokreślenie ceny jednej z pozycji tabeli (lub określenie jej w wysokości 0 zł) nie oznacza, iż oferta wykonawcy Konsorcjum MedFinance jest sprzeczna z treścią SIWZ. Nawet gdyby przyjąć, iż w spornej pozycji należało wpisać kwotę i brak wpisania kwoty przez Konsorcjum MedFinance oznaczałoby niezgodność z SIWZ, to niezgodność ta ma jedynie charakter techniczny, nie zaś merytoryczny. Brak jest bowiem w takim przypadku podstaw do przyjęcia, że w takim przypadku wykonawca Konsorcjum MedFinance nie zaoferował określonej usługi, a więc brak jest podstaw do przyjęcia niezgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią wymagań Zamawiającego w SIWZ. Niepodanie wartości usługi nie może zostać uznane za jej niezaoferowanie przede wszystkim z uwagi na fakt, iż usługa ta opisana jest w tabeli będącej częścią oferty tego wykonawcy, a opis oferowanej usługi nie został w tabeli przekreślony. Przekreślona została jedynie rubryka, w której podana miała być wartość tej usługi.

Powyższe okoliczności przemawiają za przyjęciem, iż przedmiot zamówienia zaoferowany przez wykonawcę Konsorcjum MedFinance odpowiada treści SIWZ, tym samym nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum Medfinance na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, w ocenie Izby brak wyceny wartości w jednej z pozycji składającej się na całość świadczenia wykonawcy nie powoduje, że świadczenie jest nieodpłatne, ponieważ umowa jako całość jest świadczeniem odpłatnym. Z powyższych względów Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż złożenie oferty przez wykonawcę Konsorcjum MedFinance stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Za nieuzasadniony Izba uznała także zarzut naruszenia art. 709<sup>1</sup> kodeksu cywilnego.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z treścią art. 709<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, do elementów przedmiotowo istotnych umowy leasingu należy oddanie rzeczy do używania albo używania i pobierania pożytków przez oznaczony czas. Przedmiotem umowy leasingu może więc być tylko rzecz. Jednakże należy zwrócić uwagę, że żaden przepis ustawy nie zabrania, aby umowa leasingu zawierała dodatkowe postanowienia, nie uregulowane w kodeksie cywilnym, uszczegóławiające prawa i obowiązki stron lub wprowadzające dodatkowe zobowiązania. W szczególności umowa leasingu może zawierać dodatkowe postanowienia, umożliwiające używanie rzeczy oddawanej do użytku, takie jak sposób dostarczenia. Przedmiot umowy leasingu powinien nadawać się do używania, zatem jego dostarczenie, instalacja oraz montaż w tym nierzadko przeprowadzenie testów sprawdzających działanie przed rozruchem urządzenia jest niezbędne, celem wydania rzeczy do prawidłowego użytku. Izba wzięła pod uwagę także fakt, iż rozbieżność przez Zamawiającego kosztów urządzenia oraz kosztów jego dostawy ma charakter sztucznego podziału. Sposób finansowania dostawy i konfiguracji urządzenia zależy każdorazowo od oferenta.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....