

WYROK

z dnia 5 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

OPTOPOL Handlowy Sp. z o.o. ul. Żabia 42, 42-400 Zawiercie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu

ul. Plac Medyków 1, 41-200 Sosnowiec

protestu z dnia 26 sierpnia 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu ul. Plac Medyków 1, 41-200 Sosnowiec i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **OPTOPOL Handlowy Sp. z o.o. ul. Żabia 42, 42-400 Zawiercie**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 000 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu ul. Plac Medyków 1, 41-200 Sosnowiec** na rzecz **OPTOPOL Handlowy Sp. z o.o. ul. Żabia 42, 42-400 Zawiercie Wojewódzki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OPTOPOL Handlowy Sp. z o.o. ul. Żabia 42, 42-400 Zawiercie**.

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury i sprzętu medycznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP 14 lipca 2009 r. pod numerem 237492. Wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych.

20 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty „na podst. art. 89 pkt. 2, gdyż [„jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia...”].” Na tę czynność Odwołujący 26 sierpnia 2009 r. wniósł protest, który Zamawiający oddalił, o czym poinformował Odwołującego 7 września 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 11 września 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego bez uzasadnienia faktycznego i prawnego,
3. art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie wobec Odwołującego,
4. art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie w stosunku do Odwołującego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady bezstronności i obiektywizmu wskutek niezastosowania przepisów art. 26 ust. 3 i ust. 4, a przy zastosowaniu tych przepisów wobec co najmniej jednego z pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ze względu na powyżej wskazane okoliczności Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny oferty złożonej przez Odwołującego i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania, w tym kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 złotych.

Stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest uzasadnieniem faktycznym odrzucenia oferty. Także powołanie się „na art. 89 pkt 2.” bez podania nawet nazwy aktu prawnego nie spełnia wymagań uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty. Zamawiający dopiero w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazuje na przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych to nie rozstrzygnięcie protestu, a zawiadomienie o odrzuceniu oferty jest miejscem na uzasadnienie

faktyczne i prawne decyzji Zamawiającego. Niezależnie od powyższego, wobec wskazania w rozstrzygnięciu protestu podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający błędnie ocenił ofertę, która spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a bezzasadne jest twierdzenie, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu dwa komplety urządzeń oraz, że miał obowiązek złożyć komplet baz normatywnych.

Oferowany tomograf optyczny SOCT Copernicus HR z przystawką do badania przedniego odcinka oka i pachymetrem wraz z zestawem komputerowym SOCT Copernicus, to jeden komplet składający się z urządzeń skonfigurowanych i powiązanych ze sobą funkcjonalnie, technicznie i użytkowo. Zamawiający nie wymagał zaoferowania jednego urządzenia, ale aparatu OCT. W formularzu asortymentowo – cenowym Zamawiający wymagał, aby elementem aparatu OCT był komputer, wprowadzając wymóg: „Sterowanie ruchu głowicy automatycznie, kontrolowane z ekranu komputera”. W każdym przypadku komputer jest częścią składową aparatu OCT i brak komputera wyłącza możliwość użytkowania takiego urządzenia. Zamawiający nie wymagał, aby komputer stanowił fizycznie całość z tomografem. Oznacza to, że oferowany przez Odwołującego zespół opisanych urządzeń jest aparatem OCT w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Także Medical Partner Sp. z o.o., którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą zaoferował zespół urządzeń (tomograf z pachymetrem i zestawem komputerowym), a wobec tego wykonawcy Zamawiający nie podniósł zarzutu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wskazanie w ofercie Odwołującego w „Formularzu asortymentowo – cenowym”, przy zestawie komputerowym „kpl. 1” dotyczy producenta zestawu, to jest firmy HP, a nie, że przedmiotem dostawy są różne, niezwiązane ze sobą urządzenia. Poza tym Zamawiający, mając wątpliwości co do prawidłowości treści oferty, mógł zażądać od Odwołującego wyjaśnień jej treści zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego zaniechał.

Błędne również jest wykazywanie przez Zamawiającego, na podstawie rozdziału I pkt 7.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że Odwołujący nie złożył kompletu baz normatywnych. Z rozdziału I pkt 7.1.

specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, aby wśród materiałów, które należało załączyć do oferty, znajdować się musiał komplet baz normatywnych – punkt ten nie zawiera o tym żadnej wzmianki. Jedyne w formularzu asortymentowo – cenowym wymagane jest, aby oferowane urządzenie posiadało taki komplet baz. Wymóg ten dotyczy zatem oferowanego urządzenia, nie zaś treści oferty. Nawet jednak, gdyby Zamawiający wymagał złożenia takiego kompletu bez normatywnych lub jakichś dokumentów potwierdzających ich istnienie i stwierdził braki w ofercie w tym zakresie, to miał prawo i był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o wymagane oświadczenie czy dokument, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego zaniechał.

Jako że Zamawiający w odniesieniu Odwołującego zaniechał skorzystania z przepisu art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zastosował ten przepis wobec innego wykonawcy – Carl Zeiss Sp. z o.o., Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wpłynęło na niewłaściwe rozstrzygnięcie postępowania.

Stanowisko Zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu (w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu).

Zamawiający uznał protest za bezzasadny. Zdaniem Zamawiającego w informacji z 20 sierpnia 2009 r. znalazła się informacja zarówno o podstawie prawnej, jak i faktycznej odrzucenia oferty. Zamawiający wskazał też, że oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ przedmiotem zamówienia jest optyczny koherentny tomograf komputerowy jako całość, tzn. komplet. Tomograf ten winien stanowić funkcjonalną całość i być gotowy do pracy. Tymczasem Odwołujący w swojej ofercie przedstawił tomograf jako „komplet” oraz zestaw komputerowy jako „komplet”, co razem daje dwa komplety. Przedmiotem postępowania był jeden komplet – aparat OCT (optyczny koherentny tomograf komputerowy) z przystawką do przedniego odcinka oka i pachymetrem, a nie zestaw komputerowy. W związku tym oferta Odwołującego, jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, musiała zostać odrzucona. Poza tym

w ofercie brak jest informacji źródłowych producenta lub klinicznych ośrodków referencyjnych potwierdzających istnienie wymaganych baz normatywnych (ocena grubości siatkówki, nabłonka barwnikowego oraz tarczy nerwu wzrokowego). Zgodnie z Rozdziałem I pkt 7.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w celu potwierdzenia, iż oferowane produkty odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zażądał przedstawienia: materiałów (np. katalogów, specyfikacji technicznych, opisów merytorycznych itp.) zawierających informację o parametrach, cechach techniczno – użytkowych i charakterystyce oferowanych wyrobów dla potwierdzenia i udokumentowania spełniania wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ofercie Odwołującego brak jest jakichkolwiek materiałów wskazujących na fakt, iż oferowany przedmiot zamówienia posiada przedmiotowe bazy normatywne.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – jak w niniejszym postępowaniu – odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę,
2. opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
4. odrzucenia oferty.

Zatem, ze względu na powyższy przepis, przedmiotem rozpatrzenia może być tylko zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba uznała, iż zarzut ten podlega rozpatrzeniu w świetle art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ naruszenie art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Prawo zamówień publicznych został wskazany w proteście. Biorąc jednak pod uwagę, iż Zamawiający rzeczywiście w informacji o wyniku postępowania nie wskazał jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty (nie można bowiem za takie uznać zacytowania treści przepisu), który zresztą również został wskazany błędnie, zawartą w odwołaniu argumentację, w tym zarzut zaniechania wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów, Izba traktuje jako rozwinięcie zarzutu podniesionego w proteście w odpowiedzi na informacje podane w jego rozstrzygnięciu.

Z tego samego powodu Izba stwierdziła, iż, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie powinna orzekać w stosunku do zarzutu w stosunku do oferty Odwołującego podniesionego przez Zamawiającego dopiero podczas rozprawy, a dotyczącego parametrów oferowanego urządzenia w zakresie rozdzielczości poprzecznej.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 3 „Opis przedmiotu zamówienia” przedmiotem zamówienia jest aparat OCT (optyczny koherentny tomograf okulistyczny) z przystawką do przedniego odcinka oka i pachymetrem. Szczegółowe wymagania dotyczące tego aparatu zawarto w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Formularz asortymentowo – cenowy”. W formularzu tym znajduje się m.in. wymóg: „komplet baz normatywnych – ocena grubości siatkówki, nabłonka barwnikowego oraz tarczy nerwu wzrokowego”.

W rozdziale I pkt 7. ppkt 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł z kolei wymaganie: „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ, Zamawiający żąda przedstawienia materiałów (np. katalogów, specyfikacji technicznych, opisów merytorycznych itp.) zawierających informacje o parametrach, cechach techniczno-użytkowych i charakterystyce oferowanych wyrobów dla potwierdzenia i udokumentowania spełniania wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący w swojej ofercie (str. 43) zamieścił dokument pod nazwą „Parametry techniczno – użytkowe” zawierający porównanie parametrów oferowanych z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego w „Formularzu asortymentowo – cenowym” oraz informację o urządzeniach wchodzących w skład zestawu komputerowego do SOCT Copernicus HR, stoliku z elektrycznie podnoszonym blatem oraz o instrukcji obsługi.

Zdaniem Izby dokument ten można uznać za „opis merytoryczny zawierający informacje o parametrach, cechach techniczno–użytkowych i charakterystyce oferowanych wyrobów dla potwierdzenia i udokumentowania spełniania wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, który Zamawiający wskazał w rozdziale I pkt 7. ppkt 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako dokument wymagany w ofercie. W punkcie tym Zamawiający nie zawarł zastrzeżenia, iż dokument ten musi pochodzić np. od producenta urządzenia, a nie może być sporządzony przez oferenta. Zatem należy uznać, iż Odwołujący załączył w tym zakresie wymagany dokument. Z treści tego dokumentu wynika jednoznacznie, że oferowany tomograf optyczny SOCT Copernicus HR zawiera komplet baz normatywnych – ocena grubości siatkówki, nabłonka barwnikowego oraz tarczy nerwu wzrokowego. Takie samo oświadczenie znajduje się w złożonym przez Odwołującego w ofercie „Formularzu asortymentowo – cenowym”. Zatem twierdzenie Zamawiającego, iż „w ofercie firmy OPTOPOL Handlowy brak jest jakichkolwiek materiałów wskazujących na fakt, iż oferowany przedmiot zamówienia posiada przedmiotowe bazy normatywne”, jest sprzeczne z treścią obu tych dokumentów.

Stwierdzenie przez Zamawiającego podczas rozprawy, iż w stosunku do baz normatywnych oczekiwał podania w ofercie źródła tych baz, tj. który ośrodek kliniczny przeprowadzał badania, nie ma żadnego odzwierciedlenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem nie ma jakichkolwiek podstaw do zarzucania Odwołującemu tego braku już po złożeniu oferty. Należy przypomnieć Zamawiającemu, iż jedna z podstawowych zasad procedury udzielania zamówień publicznych została zawarta w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – zamawiający może żądać od

wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów wskazanych, w zależności od trybu, w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zamawiający stwierdził również, iż, niezależnie od oświadczeń złożonych w ofercie, z informacji dostępnych na stronie internetowej i innych uzyskanych przez niego wynika, iż urządzenie tych baz nie posiada. Przedłożenie ogólnych, powszechnie dostępnych informacji ponad oświadczenie złożone w ofercie, jest również sprzeczne z zasadami prowadzenia postępowania, zamawiający i wykonawca są bowiem związani ze sobą właśnie złożoną ofertą i oświadczeniami w niej zawartymi, a nie informacjami ze strony internetowej tego wykonawcy lub producenta, na której często zamieszczane są standardowe parametry i funkcjonalność, które nie zawsze muszą odpowiadać oferowanym w danym postępowaniu. Powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do poprawności oferowanych parametrów może być przyczyną co najwyżej wezwania wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i dopiero, gdy potwierdzą one tę niezgodność, ewentualnego odrzucenia oferty. Natomiast działanie takie nie powinno być podejmowane z pominięciem zainteresowanego wykonawcy.

Podobnie w odniesieniu do zarzutu Zamawiającego dotyczącego zestawu komputerowego. Zamawiający w przygotowanym przez siebie opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł jakiegokolwiek wymogu dotyczącego zestawu komputerowego. Podczas rozprawy ustalono, co było bezsporne, iż dla zapewnienia prawidłowego działania tomografu w jego skład musi wchodzić komputer. Zatem zaoferowanie przez Odwołującego wraz z tomografem zestawu komputerowego było zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Jak oświadczył Odwołujący, oferowany przez niego, a wymieniony w „Formularzu asortymentowo – cenowym” zestaw komputerowy do SOCT Copernicus HR – 1 kpl. nie jest osobnym kompletem, tj. Odwołujący nie oferuje ani dwóch zestawów komputerowych (tj. jednego wchodzącego w skład tomografu, a drugiego dodatkowego) ani zestawu komputerowego

osobnego w stosunku do tomografu, lecz komputer będący częścią tomografu – został on po prostu wyszczególniony w opisie zestawu składającego się na wymagany przez Zamawiającego tomograf – komplet.

Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, iż oczekiwał tomografu z wbudowanym komputerem, tzw. kombajnu oraz, iż zestaw komputerowy powinien być produkowany przez tego samego producenta, co tomograf. Pomijając fakt, iż oświadczenia te są ze sobą sprzeczne, tzn. Zamawiający twierdzi, że wymagał komputera wbudowanego, a jednocześnie za najkorzystniejszą uznał ofertę z komputerem niewbudowanym (co jest widoczne na zdjęciu w folderze oraz w opisie na karcie 24. oferty Medical Partner Sp. z o.o. – „kompletny zestaw gotowy do pracy z zestawem komputerowym PC, monitorem LCD, kolorową drukarką laserową i stolik elektro-motoryczny pod tomograf i komputer.”), to wymóg taki nie wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której Zamawiający pominął jakiegokolwiek wymagania w stosunku do komputera. W związku z tym nie można stwierdzić, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy bowiem Zamawiającemu przypomnieć, iż oferty wykonawców są sporządzane w odpowiedzi na wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która jest dla nich po prostu instrukcją, w jaki sposób mają oni sporządzić ofertę tak, aby odpowiadała ona oczekiwaniom Zamawiającego. Tym samym wszystkie te oczekiwania powinny być przez Zamawiającego ujawnione właśnie w tym momencie.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Sytuacja taka zachodzi w niniejszym przypadku, dlatego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, w wysokości wynikającej z przedstawionego rachunku, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....