

Sygn. akt: KIO 803/11

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez Carestream Health Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 z Lublina

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Carestream Health Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Carestream Health Poland Sp. z o. o. tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Samodzielny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i doposażenie SOK. SPSK 4 w Lublinie współfinansowanych z POIS, priorytet XII, działanie odpowiednio 12.2 oraz 12.1 - w ramach częściowej realizacji projektu pn.: „Utworzenie Makroregionalnego Centrum Inwazyjnej Diagnostyki i Chirurgicznego Leczenia Raka Płuca w SPSK4 w Lublinie”, z podziałem na części (zadania).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 08.01.2011 r. w Dz. U. UE pod nr 2011/S 5-006768

W dniu 07.04.2011 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania – w tym o odrzuceniu oferty Carestream Health Poland Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej „Carestream”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i unieważnieniu postępowania u udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w części 6 zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Carestream podano, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w odniesieniu do treści kosztorysu ofertowego. W pkt. V.2) c) siwz wymagano podania m.in. ceny jednostkowej netto poszczególnych pozycji zamówienia wg elementów zakresu zamówienia, urządzenia lub całego kompletu. W kosztorysie podano jedynie wartość oferty netto i brutto ogółem, pomijając informacje szczegółowe dotyczące co najmniej cen jednostkowych każdego ze skanerów (zakup 2 kompletów) oraz systemu kontroli jakości (zakup 1 kompletu).

W dniu 15.04.2011 r. Carestream wniosła odwołanie od ww. czynności zamawiającego wnosząc o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne oraz przywrócenie do postępowania jej oferty jako niepodlegającej odrzuceniu.

Carestream zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, iż w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak i opinii doktryny nie sposób uznać odrzucenia oferty odwołującego za zgodną z prawem. Z treści siwz (w tym stanowiącego załącznik do siwz wzoru umowy) wynika jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia w zakresie pakietu/zadania nr 6 jest komplet 2 zestawów do radiografii pośredniej oraz, jednego zestawu do kontroli jakości aparatury. Ani z zasadniczej treści siwz ani też z załącznika nr 10 do siwz, stanowiącego wzór umowy z przyszłym wykonawcą, nie wynika że zamawiający dopuszcza możliwość tylko częściowej realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast niezaprzeczalne jest to, że nie dopuszczał możliwości złożenia oferty częściowej w ramach danego pakietu/zadania. Stąd wniosek że istotnym elementem dla treści oferty jest cena za całość przedmiotu zamówienia zamówienia/zadania nie zaś za poszczególne jego części czy elementy.

W świetle postanowień siwz należy stwierdzić, iż przedmiotowa cena jest ceną ryczałtową (wynagrodzeniem ryczałtowym za cały przedmiot w danej części/zadaniu).

W związku z powyższym należy zauważyć, że ceny/wartości poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia z zadania nr 6 nie stanowią wiążących, a tym samym istotnych elementów treści oferty odwołującego, co nie pozwala uznać za prawnie dopuszczalną czynność odrzucenia jego oferty w oparciu o podstawę prawną z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Ponadto skoro brak jest podstawy do odrzucenia oferty odwołującego to również brak jest podstawy do unieważnienia postępowania z odwołaniem się do przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – cena oferty odwołującego mieści się w kwocie którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał w dniu otwarcia ofert.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego, a także stanowiska i oświadczenia złożone przez strony na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zakres zamówienia dla zdania nr 6, zgodnie z tabelą w zał. nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) obejmował:

I. Zestaw do radiografii pośredniej – 2 komplety, w tym:

1. Skaner do odczytu obrazów z płyt obrazowych i przesyłanie ich do dedykowanego komputera i PACS - 1 szt.
2. Dedykowana stacja technika z oprogramowaniem i monitorem dotykowym o przekątnej min. 19 cali – 1 szt.
3. Robot do nagrywania płyt CD i DVD oraz nadruku danych pacjenta, wraz z komputerem i oprogramowaniem niezbędnym do współpracy z RIS i PACS 1 szt.

4. Oprogramowanie do analizy zdjęć odrzuconych 1 szt.
5. Zasilacz UPS 1 szt.

II. Zestaw do kontroli jakości aparatury - 1 komplet, w tym:

6. Oprogramowanie i sprzęt do kontroli jakości aparatu RTG - 1 szt.
7. Oprogramowanie i sprzęt do kontroli jakości skanera - 1 szt.

W rozdz. V siwz, w pkt 2 ppkt 1) lit c) zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego zawierającego między innymi cenę jednostkową netto poszczególnych pozycji zamówienia wg elementów zakresu zamówienia, urządzenia lub całego kompletu (str. 9).

W rozdz. II siwz pn. „Terminy realizacji zamówienia” podano:

Realizacja pełnego zakresu przedmiotu zamówienia – nie później niż w ciągu 60 dni od daty podpisania umowy, z zastrzeżeniem jednego z zestawów do radiografii pośredniej ujętych w zadaniu nr 6, który zostanie dostarczony na odrębne wezwanie Zamawiającego (w ciągu 6 tygodni od jego otrzymania), którego wysłanie planowane jest na II połowę 2011 roku.

Carestream w swojej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 6 określonego w siwz z łączną ceną 399 752 zł. W załączonym do oferty „Kosztorysie ofertowym do Zadania nr 6” wyszczególniono jedną pozycję, która zawierała „Skaner Kodak DirectView CR (...) wraz z wyposażeniem w ilościach opisanych w zadaniu nr 6, i której wartość w kosztorysie podano.

Pismem z dnia 25.04.2011. r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się Carestream o wyjaśnienie treści oferty, konkretnie o wykazanie i potwierdzenie elementów składających się na komplety w zadaniu nr 6.

Pismem z dnia 28.04.2011 r. Carestream wyjaśniła, iż zaoferowała:

- I. dwa komplety (zestawy) składające się ze skanera do odczytu obrazów, dedykowaną stacją technika z oprogramowaniem i monitorem, zasilacz UPS, oprogramowanie do analizy zdjęć, robot do nagrywania płyt CD i DVD, zestaw kaset CR
- II. jeden komplet zestawu do kontroli jakości aparatury składający się:
 1. Sprzętu do kontroli jakości aparatu RTG
 2. Sprzętu do kontroli jakości skanera.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba wskazuje, iż w postanowieniach wzoru umowy załączonego do przedmiotowej siwz brak jakichkolwiek postanowień umownych pozwalających przyjąć, iż wynagrodzenie umowne ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, tj. iż będzie płacone po obmiarze rzeczywistego zakresu wykonanych prac według stawek/cen jednostkowych określonych w kosztorysie umownym. Nie wdając się w szersze rozważania i doktrynalne definiowanie wynagrodzenia ryczałtowego Izba wskazuje, iż każde wynagrodzenie określające z góry wartość/cenę umowną za wykonanie danych prac lub ich określonej części niezależnie od ich późniejszego nakładu i zakresu (*vide* art. 632 § Kodeksu cywilnego), jest wynagrodzeniem ryczałtowym (za całość lub część prac), niezależnie od jakichkolwiek zastrzeżeń umownych co do terminów płatności czy możliwości obniżenia wynagrodzenia w przypadku niewykonania części prac lub odstąpienia od części umowy.

Jednakże powyższe jest jedynie odniesieniem do sporu zaistniałego pomiędzy stronami, nie ma natomiast żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych niezgodność treści oferty z siwz musi mieć zasadniczy charakter odnoszący się do niezgodności wynikającego z oferty zobowiązania wykonawcy, a także sposobu jego wyrażenia w ofercie, z wymaganiami zamawiającego sformułowanymi wyraźnie w siwz, która to niezgodność jest niemożliwa do usunięcia na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp (jako omyłka pisarska, rachunkowa lub inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z siwz, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty).

W rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w części 6, zamawiający zamawiał dwa komplety - zestawy sprzętu i oprogramowania do radiografii pośredniej oraz jeden komplet – zestaw do kontroli jakości aparatury, których wyszczególnienia i odrębnego wycenienia wymagał w rozdz. V siwz, w pkt 2 ppkt 1) lit c) siwz.

Jak wynika z ustaleń Izby odwołujący przedmiot swojej oferty w kosztorysie ofertowym podał i określił ogólnie jako skanery wraz z wyposażeniem w ilościach wymaganych przez zamawiającego oraz podał zbiorczą wycenę dla całego przedmiotu dostawy.

Tym samym za potwierdzoną uznano okoliczność, iż bezpośrednio w treści kosztorysu ofertowego zabrakło wskazania i opisanie wszystkich elementów dostawy, które jak deklaruje odwołujący w ramach swojej oferty w rzeczywistości zaoferował i zamierzał wykonać w celu pełnego i zgodnego z siwz wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla tu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma żadnej innej, „domniemanej” czy „rzeczywistej”, ...*etc.*, treści oferty, niż ta która została wyrażona w formie

pisemnej i złożona zamawiającemu. Ponadto zamawiający winien mieć możliwość weryfikacji zgodności treści oferty z wymaganiami siwz na podstawie wszystkich danych, których przedłożenia i podania wymagał i które winny znaleźć się w wyrażonej na piśmie treści oferty. Nie można domniemywać zgodności i zupełności oferty w zakresie całości dostaw, które nie zostały, a mogły i zgodnie z żądaniami siwz powinny zostać opisane czy wskazane w treści oferty, jedynie na podstawie ogólnych deklaracji wykonawcy, że składa ofertę zgodną z siwz i spełni wszelkie wymagania zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia lub z powołaniem na fakt, iż cena za całość zamówienia jest ceną ryczałtową.

Tym samym w treści oferty odwołującego zabrakło istotnych elementów pozwalających zamawiającemu ocenić pełny, rzeczywisty (wyrażony w treści oferty) zakres zobowiązania wykonawcy jako zgodny opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganej dostawy. O ile można uznać w tym przypadku, iż wykonawca wskazał w swojej ofercie i potwierdził w załączonym do niej kosztorysie ofertowym dostawę dwóch zamawianych zestawów do radiografii pośredniej (skanerów w ilości wymaganej w siwz), to na podstawie treści kosztorysu ofertowego i w świetle składanych przez Carestream wyjaśnień nie sposób przyjąć, iż w treści oferty wskazano dostawę zestawu do kontroli jakości. Zamawiający nie mógł domniemywać, iż taki zestaw (a nawet dwa zestawy) zaoferowano wraz ze skanerami jako ich wyposażenie, gdy w treści siwz wyraźnie wymagał oddzielnego wycenienia, a więc i wskazania takiego (jednego) kompletu.

Odnosząc się do argumentu odwołującego dotyczącego znaczenia ceny ryczałtowej obejmującej całości oferowanego zakresu robót, Izba wskazuje, iż takie stanowisko jest zasadne w odniesieniu do samej kwestii wyliczenia ceny, której ryczałtowy charakter istotnie przesądza o objęciu wynagrodzeniem wszelkich, nawet nie wskazanych prac koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia, tzn. gdy kosztorys ofertowy nie ma w danym przypadku innego znaczenia niż materiał pomocniczy w kalkulacji cenowej. Zakres wycenienia nie przesądza jednak o zgodności i zupełności zaoferowanych rozwiązań z opisem przedmiotu zamówienia. Ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie i potwierdzała zgodność z wymaganiami siwz.

W przypadku gdy kosztorysy i dane w nich zawarte stanowią istotną część oferty, określającą zobowiązania wykonawcy w przedmiocie sposobu wykonania zamówienia, która w przypadku odwołującego została sporządzona w sposób niezgodny z siwz, należy zastosować wobec wykonawcy dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić jego ofertę.

Przy czym Izba zaznacza, iż poprawienie czy uzupełnienie oferty o wskazanie jednego z trzech kompletów składających się na przedmiot zamówienia, nie może być uznane za nieistotną omyłkę podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W związku z powyższym Izba potwierdza prawidłowość odrzucenia oferty odwołującego, oddalając zarzuty odwołania w tym przedmiocie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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: