

**Sygn. akt: KIO 1748/12**

**Postanowienie  
z dnia 30 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **30 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2012 r. przez **Odwołującego** – Sorin Group Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - 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, przy udziale **Wykonawcy** - AB Med-Serwis A..... D....., ul. Sikorskiego 8/6, 07-410 Ostrołęka, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Sorin Group Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Sorin Group Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Sorin Group Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa, na rzecz **Wykonawcy** - AB Med-Serwis A..... D....., ul.

Sikorskiego 8/6, 07-410 Ostrołęka, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca w Katowicach (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa 2 sztuk aparatów do krążenia pozaustrojowego płuco serce wraz z systemem grzewczym Heater-Cooler.”

Sorin Group Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) w odwołaniu wniesionym dnia 16.08.2012 r. na czynności i zaniechane czynności Zamawiającego polegające w szczególności na:

1. odrzuceniu oferty Sorin, pomimo tego, że oferta Sorin była ofertą kompletną i poprawną i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego, jako oferta najkorzystniejsza;
2. wyborze oferty złożonej przez A..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: AB Med. Serwis z siedzibą w Ostrołęce (dalej: „AB Med. Serwis);
3. zaniechaniu odrzucenia oferty AB Med. Serwis, gdyż treść tejże oferty nie odpowiada treści siwz, a w szczególności w zakresie wymagań przedmiotowych;
4. zaniechaniu wezwania Sorin do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowana przez Sorin dostawa 2 sztuk aparatów do krążenia pozaustrojowego płuco serce wraz z systemem grzewczym Heater - Cooler spełnia wymagania określone przez Zamawiającego i w konsekwencji niezgodne z prawem odrzucenie oferty Sorin.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wskazał, że w przypadku zawarcia umowy z AB Med. Serwis Zamawiający naruszy art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazanie ewentualnego uzupełnienia dokumentów przez Sorin; nakazanie odrzucenia oferty AB Med. Serwis w Ostrołęce, ponowny wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

#### **A. Poprawność oferty Sorin**

Zamawiający regulacjami siwz zawartymi odpowiednio w Załączniku nr 4 do siwz, część II pkt. 5 wymagał zaoferowania aparatu do krążenia pozaustrojowego płuco serce wraz z systemem grzewczym Heater-Cooler charakteryzującego się między innymi poniższym parametrem technicznym: „... Pompa do krążenia pozaustrojowego powinna być

bezwzględnie wyposażona w: system zasilania awaryjnego UPS dla całego system, który pozwala na bezpieczną pracę przez okres minimum 30 minut." (wymaganie minimalne).

W dniu 06.08.2012 r. Zamawiający poinformował Sorin o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty AB Med. Serwis oraz o odrzuceniu oferty Sorin z uwagi na to, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz, tj. ze względu na zaoferowanie przez Sorin urządzenia płuco-serce (Stockert S5), którego system zasilania awaryjnego UPS dla całego systemu przy maksymalnym obciążeniu 400 W, wynosi tylko 20 minut, co potwierdza informacja zawarta na stronie 485 złożonych wraz z ofertą dokumentów.

Odwołujący stwierdził, że czynność powyższą dokonano niezgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający nie określił w siwz precyzyjnie wymagania (Załącznik nr 4 do siwz, część II, poz. 5), co rozumie poprzez bezpieczną pracę urządzenia i przy jakiej mocy urządzenia należy przyjąć pracę bezpieczną. Jest to o tyle istotne, że każde z urządzeń do krążenia pozaustrojowego pobiera różną energię (moc) do jego prawidłowego bezpiecznego funkcjonowania i tak dla przykładu urządzenie zaoferowane pracuje bezpiecznie przez 90 minut przy mocy wyjściowej pobieranej 160 W. Faktycznie informacja zawarta na stronie 485 dokumentów złożonych wraz z ofertą Sorin podaje, że przy mocy wyjściowej 400 W czas pracy zasilacza UPS wynosi 20 minut a przy mocy wyjściowej 160 W to 90 minut, jednak wytwórca systemu Stockert S5 (informacja w załączeniu) określa czas bezpiecznej pracy całego systemu na zasilaniu awaryjnym UPS na poziomie 90 minut i jest to praca normalna w czasie, której wszystkie pompy działają ze zwykłą prędkością, powodując pracę urządzenia w sposób bezpieczny. Tym samym interpretacja Zamawiającego stanowiąca podstawę do odrzucenia oferty jest nieuprawniona, wadliwa i dająca podstawy do co najmniej wezwania do złożenia przez Sorin wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów (art. 26 ust. 4) lub wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, a nie odrzucenia oferty. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji z niejasnych i mało precyzyjnych regulacji siwz, a wszelkie wątpliwości co tej interpretacji należy tłumaczyć na korzyść Wykonawcy, tym bardziej, że użyte określenie w zakresie wymagań daje duże pole do interpretacji.

Zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 3.1 siwz, przedmiotem zamówienia była dostawa aparatów do krążenia pozaustrojowego płuco serce wraz z systemem grzewczym Heater- Cooler w ilości 2 sztuk. W odniesieniu do tego sprzętu Zamawiający na podstawie Rozdziału 3 pkt 3.4 siwz wymagał przedłożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających, że oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego. Spółka Sorin złożyła oświadczenie, zawarte w Formularzu cenowym (Załącznik nr 2a do siwz), że oferuje przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami postawionymi przez Zamawiającego, czyli tym samym skonkretyzowało się zobowiązanie wykonawcy, iż podmiot ten zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami, co również potwierdza treść zawarta w Załączniku nr 4 do siwz pozycja 5

(strona 207), stanowiąca, że bezpieczny czas pracy całego systemu na zasilaniu awaryjnym UPS wynosi 90 minut. Wymieniony powyżej dokument jest oświadczeniem wiedzy Spółki Sorin w kwestii przedmiotu zamówienia i tym samym oświadczenie to potwierdza, że zaofertowany przedmiot zamówienia zawiera w sobie urządzenie, które pozwala na bezpieczną pracę całego systemu przez 90 minut.

Odmienne interpretacja złożonych oświadczenia zarówno woli i wiedzy, polegająca na przyjęciu, że Odwołujący się nie zaofertował sprzętu spełniającego wymagania zawarte w siwz tylko, dlatego, że na stronie 485 dokumentów złożonych wraz z ofertą zawarta jest informacja, że czas pracy zasilacza UPS przy mocy wyjściowej 400 W wynosi 20 minut, byłaby nieuprawniona i pozostawałaby w sprzeczności z treścią złożonych oświadczeń. Odwołujący za Wyrokiem KIO sygn. akt 1222/12 dodaje, iż niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w siwz wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze siwz (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Obowiązkiem Odwołującego jest złożenie oferty poprawnej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zaś obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie rzetelnej i zgodnej z przepisami czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert.

Zamawiający przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Sorin nie wykorzystał także przysługującego mu uprawnienia określonego w przepisach art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy pzp, co również utwierdza Spółkę Sorin w tym, że czynność odrzucenia oferty została dokonana w sposób wadliwy i najprawdopodobniej pod wpływem czynników zewnętrznych w postaci innych wykonawców.

Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania dokumentów złożonych wraz z ofertą, które wskazują na fakt, że zaofertowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zawarte w siwz. „Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji. Może pojawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszące się do jej aspektów formalnych i materialnych, a contrario nie jest nią np. błędne ponumerowanie stron a oferty zawierające inne omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie i omyłki

rachunkowe, co do ceny, których zamawiający poprawić nie może, wobec zakazu jakiegokolwiek zmiany w treści oferty podlegają odrzuceniu (Prawo Zamówień Publicznych komentarz, red. Czajkowskiego, s. 219, J. Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych s. 219).

B. niezgodność treści oferty złożonej przez AB Med. Serwis

Odnosząc się do oferty złożonej przez AB Med. Serwis, odwołujący stwierdza, że zaoferowany przedmiot zamówienia faktycznie nie spełnia wymagań określonych w siwz a w szczególności w zakresie wymaganego pomiaru ciśnień (minimum dwa pomiary) na konsoli pompy centryfugalnej (Załącznik nr 4, część III pkt. 1 tiret trzecie).

Zgodnie z formularzem - Zestawienie parametrów technicznych i funkcjonalnych (Załącznik nr 4 do siwz) złożonym i podpisanym przez Ab Med. Serwis (strony od 5 do 10 oferty) wynika, że pomiaru ciśnień (minimum dwóch) można dokonać na konsoli ale nie pompy centryfugalnej lecz tylko konsoli urządzenia HL 20 stanowiącego zupełnie inny element przedmiotu zamówienia nie będący pompą centryfugalną. Konsola pompy centryfugalnej nie dysponuje takową funkcjonalnością, gdyż nie posiada nawet odpowiednich dla pomiaru ciśnień wejść/wyjść, które umożliwiłyby realizację tejże funkcjonalności.

Zatem oferta AB Med. Serwis podlega odrzuceniu, czego Zamawiający zaniechał, pomimo wcześniejszych informacji przekazanych przez Sorin po udostępnieniu mu oferty AB Med. Serwis. Na poparcie argumentacji odwołujący złożył informację wytwórcy systemu Stockert S5; kopię dokumentu AB Med. Serwis (Załącznik nr 4 do siwz); kopia strony 485 z oferty Sorin i kopię dokumentu Sorin (Załącznik nr 4 do siwz).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca AB Med.-Serwis A..... D..... z siedzibą w Ostrołęce, który wniósł o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 sierpnia 2012 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania i wniósł o umorzenie postępowania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestników oświadczenie, że wnosi sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp tj. jako odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony. Odwołanie zostało złożone i podpisane przez działających łącznie pełnomocników tj. Pana

W..... Ł..... i Panią F..... P..... Jak wynika z treści pełnomocnictw załączonych do odwołania wymienione osoby mają uprawnienie do łącznego działania w imieniu spółki Odwołującego z ograniczeniem kwotowym, tj. zgodnie z treścią pełnomocnictwa: „do zajmowania się kwestiami biznesowymi o wartości do 300.000,00 Euro w odniesieniu do każdej pojedynczej transakcji, w szczególności do (...) składania odwołań i innych środków wymienionych w ustawie”. Oferta Odwołującego opiewa na kwotę brutto w wysokości 1.232.227,94 złotych, a odwołanie wniesione w dniu 16 sierpnia 2012 r. przy uwzględnieniu kursu średniego Narodowego Banku Polskiego w wysokości 4,0820 daje kwotę 1.224.600,00 złotych, co oznacza przekroczenie granic pełnomocnictwa. Również uwzględniając datę udzielenia pełnomocnictw, tj. dzień 1 marca 2011 r. i 11 lipca 2011 r., z uwagi na kursy walut w tych datach, tzn. poniżej czterech złotych/euro należy stwierdzić, że również wskazani pełnomocnicy nie mają prawa do składania oświadczeń w imieniu spółki, w tym odwołań, jako oświadczeń rozumianych jako „zajmowanie się kwestiami biznesowymi” w kwocie przekraczającej 300.000 euro, tj. takiej, jak w rozpatrywanej sprawie.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenie odwołanie odrzucono na wyżej wskazanej podstawie prawnej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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) zasądzając na rzecz przystępującego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł stosownie do § 5 ust. 3 pkt 2 powołanego wyżej rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....