

Sygn. akt KIO/UZP 1623/09

WYROK
z dnia 7 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: MEDIX sp. z o.o. Spółka Komandytowa, MEDIX sp. z o.o. 04 – 191 Warszawa, ul. Kokoryczki 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej 88 – 200 Radziejów, ul. Szpitalna 3** protestu z dnia 15.10.2009 r.¹

przy udziale **Konsorcjum firm Carestream Health Poland sp. z o.o. i MEDITECH sp. z o.o. 02 – 820 Warszawa, ul. Wyczółki 40** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert z udziałem oferty odwołującego się wykonawcy z zastosowaniem przepisu art. 87 ust.1 ustawy.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej 88 – 200 Radziejów, ul. Szpitalna 3

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: MEDIX sp. z o.o. Spółka Komandytowa, MEDIX sp. z o.o. 04 – 191 Warszawa, ul. Kokoryczki 18,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej 88 – 200 Radziejów, ul. Szpitalna 3** na rzecz **Konsorcjum: MEDIX sp. z o.o. Spółka Komandytowa, MEDIX sp. z o.o. 04 – 191 Warszawa, ul. Kokoryczki 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: MEDIX sp. z o.o. Spółka Komandytowa, MEDIX sp. z o.o. 04 – 191 Warszawa, ul. Kokoryczki 18.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości zamówienia przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 206 000 euro na dostawę aparatu cyfrowego RTG. W odwołaniu (podobnie jak w proteście z dnia 2 listopada 2009 r.) odwołujący - Konsorcjum firm: MEDIX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (Lider konsorcjum) oraz MEDIX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Uczestnik konsorcjum) z siedzibą w Warszawie podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Radziejowie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz.1655 ze zm.), albowiem treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego odpowiada treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i jako taka ww. oferta nie podlega odrzuceniu. W związku z przedstawionym zarzutem odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego. W uzasadnieniu wykonawca podał, iż w proteście zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego. Wskazywanym przez zamawiającego powodem odrzucenie ww. oferty jest brak wyszczególnienia w krótkim opisie oferowanych parametrów dot. konsoli operatora, tj. w kolumnie 4 pkt V.15 zał. nr 1a do SIWZ, informacji o ilości autopozycji (min. 16 autopozycji). Taka ilość autopozycji była wymagana przez zamawiającego w pierwotnej wersji SIWZ. Odwołujący wskazał w proteście i podtrzymał w odwołaniu, że zamawiający w trakcie postępowania zrezygnował z ww. wymogu. Dowodem na to – w jego ocenie - jest analiza odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 8 z dnia 2. września 2009 roku oraz pytanie nr 14 z dnia 10 i 11. września 2009 roku. Zarówno zamawiający jak i odwołujący są zgodni, iż odpowiedź na pytanie 8 z dnia 2. września 2009 roku: umożliwiła różnym Wykonawcom zaoferowanie aparatu RTG nie wyposażonego w min. 16 autopozycji, oraz nie stanowiła całkowitej rezygnacji zamawiającego z wymogu ustawiania elementów systemu względem siebie (przez cały czas obowiązujący był bowiem wymóg zawarty w punkcie IV.7 załącznika nr 1a do SIWZ, którego pytanie nie dotyczyło. Wymóg ten nadal obowiązywał wykonawców do zaoferowania aparatu, w którym istnieje możliwość określonej (z programów anatomicznych) zmiany położenia względem siebie elementów systemu (LAMPA, DETEKTOR) i to zarówno ze stacji technika opisywanej w punktach V załącznika nr 1a, jak i bezpośrednio przy aparacie - punkty IV tego załącznika). Tym samym "ilość autopozycji" oraz "zmiana położenia względem siebie elementów systemu" nie mogą być traktowane jako funkcje tożsame. Aparaty RTG wyposażone w funkcję zmiany położenia względem siebie elementów systemu wcale nie muszą posiadać możliwości posiadania określonej (min. 16) ilości autopozycji. Dla odwołującego odpowiedź ta stanowiła dowód, iż o ile bezwzględnie powinien w swej ofercie zadeklarować, iż oferowany aparat wyposażony jest w możliwość ustawiania elementów względem siebie zarówno ze stacji technika jak i bezpośrednio przy aparacie o tyle nie jest zobligowany do oferowania a tym samym deklarowania wymaganej pierwotnie ilości autopozycji. Co prawda zamawiający twierdzi, że wymóg 16 autopozycji został przywrócony w odpowiedziach z dn. 10 i 11. września 2009 r.,

jednakże odwołujący się nie zgadza się ze stwierdzeniem zamawiającego zawartym w oddaleniu protestu, w którym podał, że "odpowiedzią z dnia 10 września 2009 roku i jej uściśleniem z dnia 11 września 2009 roku zamawiający przywrócił pierwotny zapis załącznika nr 1a do S/WZ w punkcie IV. 7 i V.15". Na marginesie odwołujący wskazuje, że zamawiający nie mógł przywrócić pierwotnego zapisu załącznika nr 1 a w punkcie IV. 7 skoro uprzednio go w żaden sposób nie modyfikował (punkt IV.7 nie stanowił treści żadnego z wcześniej zadanych pytań). Analiza obu odpowiedzi na pytanie nr 14 nie daje podstaw do uznania, że zamawiający w jakikolwiek sposób odnosi się do wymogu minimalnej liczby dot. autopozycji. Ani jedna ani druga odpowiedź nie dotyczy bowiem ilości autopozycji a odnosi się tylko i wyłącznie do ustawiania elementów systemu względem siebie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający odpowiadając a następnie uściślając swą odpowiedź na pytanie nr 14 nie wyraził zgody na zaoferowanie aparatu z ramieniem U pozbawionego całkowicie funkcji ustawiania elementów systemu względem siebie. Jednocześnie wymóg zadeklarowania minimum w zakresie ilości autopozycji, zniesiony poprzez odpowiedź z dn. 02. września 2009 r. - z czym zamawiający się w pełni zgadza - nie został w żaden sposób przywrócony w dalszym toku postępowania. Tym samym, zgodnie z odpowiedzią 8 na pytanie z dnia 2 września 2009 roku na Odwołującym nie spoczywał obowiązek wyszczególnienia określonej ilości autopozycji w kolumnie 4 punkt V.15 załącznika nr 1a do SIWZ. W związku z powyższym brak takiego wyszczególnienia w złożonej ofercie przetargowej nie może być powodem odrzucenia oferty odwołującego. Ponadto odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście wskazujące, że zgodnie z SIWZ brak potwierdzenia oferowania danego parametru (w tym również wyszczególnienia ilości autopozycji) w kolumnie 4 załącznika nr 1a do SIWZ nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Bezsprzeczne pozostaje zatem, iż zamawiający nie skorzystał z przysługującego mu prawa na etapie tworzenia SIWZ i nie zawarł w nim uwagi, że np. brak potwierdzenia w kolumnie nr 4 chociażby jednej wartości spośród wszystkich parametrów wskazanych przez zamawiającego, będzie skutkować odrzuceniem oferty. Zdaniem odwołującego swoim postępowaniem, zamawiający w trakcie oceny złożonych ofert w pełni potwierdził słuszność powyższego zarzutu. Odwołujący, w proteście wskazywał, że inna interpretacja czynności Zamawiającego jest niemożliwa w związku z faktem pełnej akceptacji w tym zakresie zapisów oferty uznanej za najkorzystniejszą. W opinii odwołującego uznanie bowiem za

najkorzystniejszą oferty, która w zakresie wypełnienia kolumny 4 załącznika nr 1 a zawiera np. puste miejsce (całkowity brak deklaracji Wykonawcy dla wymogu określonego w punkcie V.14) jednoznacznie świadczy o słuszności zarzutów odwołującego. Odwołujący nie widzi żadnego uzasadnienia dla argumentów użytych przez zamawiającego w odrzuceniu protestu wskazujących, że: „...Protestujący nie oferuje żadnych programów anatomicznych...”. W swojej ofercie odwołujący jednoznacznie zadeklarował wymaganą przez Zamawiającego ilość programów anatomicznych zgodnie z punktem 1.6. strona 3 oferty (Załącznik nr 6). Ponadto wskazuje, że zaoferowany przez niego w postępowaniu przetargowym aparat, posiada wymaganą pierwotnie przez Zamawiającego ilość autopozycji a brak jej wyszczególnienia w załączniku nr 1a wynikał wyłącznie z czynności podjętych przez Zamawiającego w trakcie postępowania.

Reasumując, wykonawca wskazał, iż zamawiający w trakcie postępowania odstąpił od żądania konieczności zaoferowania min. 16 autopozycji, nie przywrócił wymogu zaoferowania minimum 16 autopozycji oraz nie określił nowego wymagania, co do minimalnej liczby autopozycji, a także nie nałożył na Wykonawców obowiązku, dokonania w kolumnie 4 załącznika nr 1a do SIWZ zapisów potwierdzających spełnienie wszystkich wymaganych parametrów (w tym wyszczególniania ilości autopozycji) pod rygorem odrzucenia oferty. Zatem w ocenie odwołującego wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione i konieczne, albowiem czynności zamawiającego wskazane powyżej naruszają przepisy Ustawy i jednocześnie godzą w interes prawny odwołującego, uniemożliwiając mu uzyskanie zamówienia. Zdaniem odwołującego argumenty użyte przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia protestu nie mogą stanowić merytorycznego uzasadnienia dla czynności podjętych z naruszeniem Ustawy.

W rozstrzygnięciu protestu, zamawiający podał, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy, zamawiający wskazał na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie V.15 załącznika nr 1a i takie stanowisko podtrzymuje wraz z podaniem podstawy prawnej i faktycznej w piśmie z dnia 09 października 2009 roku l. dz. 3185/10/2009. Zamawiający nie zgodził się z uzasadnieniem wykonawcy zawartym w proteście stwierdzając, że jedynie może potwierdzić fakt, że odpowiedź zamawiającego na pytanie 8 z dnia 02 września 2009 roku nie można było interpretować jako całkowitej rezygnacji zamawiającego z

wymogu ustawienia elementów systemu względem siebie ponieważ obowiązywał wymóg zawarty w punkcie IV.7 załącznika 1a specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak z chwilą zdania pytania nr 14 i udzielonej odpowiedzi w dniu 10 2009 roku i jej uściślenia w dniu 11 września 2009 roku dotyczącego punktu IV.7 i V.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazywało na to iż odpowiedź i jej uściślenie dotyczy punktu IV.7 i V15 załącznika nr 1a specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ta odpowiedź była dla Wykonawców wiążąca. Odpowiedzią z dnia 10 września 2009 roku i jej uściśleniem z dnia 11 września 2009 roku zamawiający przywrócił pierwotny zapis załącznika nr 1a do siwz w punkcie IV. 7 i V.15 w którym to zapisie punktu V.15 wymagane jest zaoferowanie między innymi: min. 16 autopozycji z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to konstrukcji aparatu z zawieszeniem sufitowym lampy. W ocenie zamawiającego chybiony jest zarzut wykonawcy, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty stoi w sprzeczności z treścią siwz. Wykonawca w uzasadnieniu protestu wymienia zawarte w siwz przesłanki powodujące odrzucenie oferty, twierdząc że w kolumnie 3 załącznika nr 1a siwz w jego ofercie wpisany jest wyraz "TAK" i w związku z tym brak podstaw do odrzucenia oferty. Odnosząc się do powyższego, zamawiający istotnie potwierdza, że w punkcie V.15 załącznika nr 1a siwz Protestujący wpisał "TAK". Umknął jednak uwadze wykonawcy fakt, że w przywołanym załączniku w kolumnie 4 wpisał zgodność swej oferty z odpowiedziami na pytania z dnia 02 września 2009 roku, który jednoznacznie wskazuje.] że Protestujący nie oferuje żadnych programów anatomicznych ponieważ zamawiający w odpowiedziach z dnia 02 września 2009 roku na pytanie 8 zrezygnował z wymogu zawartego w punkcie V.15 załącznika nr 1a siwz. który to wymóg w odpowiedzi z dnia 10 września 2009 roku na pytanie 14 i jego uściślenie ~ dnia 11 września 2009 roku przywrócił. Wykonawca w uzasadnieniu mija się z prawdą twierdząc, że zadziwiające są zarzuty zamawiającego, w odniesieniu do oferty Protestującego, przy jednoczesnej pełnej akceptacji przez zamawiającego w tym zakresie zapisów oferty uznanej za najkorzystniejszą. Zważywszy na to, że wykonawca jest w posiadaniu kopii ofert złożonych na przedmiotowe postępowanie zamawiający nie jest w stanie zrozumieć podnoszonego zarzutu, ponieważ zarówno zamawiający jak i Protestujący mają wiedzę na temat zaoferowanej ilości autopzycji w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza która wynosi 22. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ocenia spełnienie wymogów w tym parametrów technicznych oferowanego przedmiot

zamówienia na podstawie złożonej oferty. W gestii wykonawcy natomiast jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający czerpie wiedzę o oferowanym przedmiocie zamówienia wyłącznie z oferty i na jej podstawie ocenia zgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W konkluzji zamawiający stwierdza, że oferta wykonawcy nie spełnia wymagań stawianych w przedmiotowym postępowaniu w punkcie V.15 załącznika nr 1a do siwz i w konsekwencji została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy.

Rozpatrując odwołanie skład orzekający Izby na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowisk stron w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje:

Podstawą do odrzucenia oferty Konsorcjum MEDIX sp z o.o. sp.k z Warszawy - jak wynika z informacji z dnia 8 października 2009 r. – stanowiła zdaniem zamawiającego, niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ustalonych w pkt V.15 załącznika nr 1a.

Z treści oferty wykonawcy w tym zakresie wynika, że potwierdzając w wierszu 15 w kol. 3 (stwierdzenie „TAK”) parametry urządzenia opisane w kol. 2 nie wymienił w kol. 4 parametru co do min. 16 autopozycji opisanego w wierszu 15 załącznika nr 1a do siwz., odwołując się jednocześnie do odpowiedzi z dnia 2 września 2009 r., gdyż w jego przekonaniu tą odpowiedzią zamawiający zmodyfikował to wymaganie.

Zdaniem Izby w wyniku pytań skierowanych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i udzielanych na nie odpowiedzi nie doszło do zmiany pkt V.15 siwz. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd zamawiającego, iż odpowiedzią z dnia 10 września 2009 roku i jej uściśleniem z dnia 11 września 2009 roku zamawiający potwierdził *de facto* pierwotny zapis z załącznika nr 1a do siwz w punkcie IV. 7 i V.15 w którym wymagane jest zaoferowanie między innymi min. 16 autopozycji z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to konstrukcji aparatu z zawieszeniem sufitowym lampy. Jednakże – jak ustaliła Izba - w proteście, a następnie w odwołaniu wykonawca podkreślał, iż fakt nie odniesienia się do tej wartości w tabeli nie jest równoznaczny z tym, iż oferowany aparat cyfrowy RTG – model UNIVERSAL X PLUS ADVANCE prod. RADIOLOGIA S.A., nie posiada tej cechy tj. min. 16 autopozycji. Wymaga również podkreślenia, iż również w toku rozprawy wykonawca

oświadczył, że pomimo jego przekonania co do zmodyfikowania przez zamawiającego spornego warunku, oferowany przez wykonawcę aparat wskazany powyżej spełnia wymaganie w zakresie wymaganego min. 16 autopozycji.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny, w ocenie składu orzekającego Izby, zamawiający w niniejszej sprawie mógł podjąć czynności na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie procedury wyjaśnień, o których stanowi niniejszy przepis już na etapie oceny oferty i przed jej odrzuceniem. Izba również podkreśla, iż taka procedura z pewnością powinna być zastosowana po wniesieniu protestu przez wykonawcę, z uwagi na składane przez tego wykonawcę deklaracje, co do spełniania warunku - w zakresie wskazywanym przez zamawiającego w podstawach odrzucenia oferty - przez oferowany aparat cyfrowy RTG – model UNIVERSAL X PLUS ADVANCE prod. RADIOLOGIA S.A.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Włocławku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....