

WYROK
z dnia 27 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2017 r. przez wykonawcę S. H. Sp. z o.o. w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w R.

przy udziale wykonawcy T. Sp. z o.o. w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża S. H. Sp. z o.o. w W. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. H. Sp. z o.o. w W. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od S. H. Sp. z o.o. w W. na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w R. kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem 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 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Włocławku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w R. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa i przebudowa pomieszczeń na pracownię tomografii komputerowej endoskopowej i ultrasonograficznej wraz z kompletnym wyposażeniem. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Unii Europejskiej 15 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 032-057529. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca S. H. Sp. z o.o. w W. wniósł odwołanie 12 października 2017 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z wymaganiami zamawiającego postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako SIWZ”;
3. art. 87 ust 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie punktu 076 Załącznika nr 3.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji o dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący polemizował z przyczynami odrzucenia złożonej przez siebie oferty, wskazanymi przez zamawiającego w piśmie z 2 października 2017 r. Pismem tym zamawiający po ponownym dokonaniu czynności badania oferty poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp uznając ją za niezgodną z SIWZ w zakresie punktów 025, 43 i pkt 76 Załącznika nr 3. Zamawiający podważył również umocowanie osoby, która w imieniu producenta podpisała oświadczenie o spełnieniu przez odwołującego wymagania opisanego w pkt 025.

T. Sp. z o.o. w W. – wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę - przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnioskował o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wnioskował o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2. Ten z kolei przepis zawiera katalog uchybień zaistniałych w ofercie, które ustawodawca nakazuje obligatoryjnie poprawić przez ingerencję zamawiającego w treść oferty w granicach ściśle limitowanych przesłanek ustawowych. Art. 26 ust. 3 i 4 Pzp dają zamawiającemu inne środki nakierowane na zapobieganie odrzucaniu ofert, które w istocie są merytorycznie poprawne, jednak dotknięte zostały usuwalnymi błędami lub niejasnościami. Pierwszy ze wskazanych przepisów znajduje zastosowania m.in. w sytuacji, gdy dokumenty lub oświadczenia potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego nie zostaną złożone albo dotknięte są błędami. Drugi z kolei daje możliwość uzyskania wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Uzdrawienie lub wyjaśnienie oferty na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wymaga aktywności wykonawcy, który odpowiada na wezwanie zamawiającego. Również od adekwatnej odpowiedzi wykonawcy zależy skuteczność wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 Pzp. To na wykonawcy bowiem zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp spoczywa obowiązek złożenia oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał w toku postępowania o udzielenie zamówienia zgodności treści swojej oferty z wymaganiami zamawiającego w odniesieniu do punktów 025 i 043 Załącznika nr 3 do SIWZ – Specyfikacja techniczna, w którym zamawiający opisał parametry urządzenia, ich cechy i wartości.

W pkt 025 zamawiający wymagał, aby precyzja ustawienia stołu pod pełnym obciążeniem wynosiła $\leq (+/- 0,25)$ [mm]. Żądał wskazania tej cechy i potwierdzenia wartości parametru.

W odpowiedzi odwołujący, złożył załącznik Nr 3, w którym wskazał wartość 0,25 mm. Zamawiający pismem z 31 sierpnia 2017 r. wezwał odwołującego do wskazania, gdzie w przedstawionych danych technicznych znajduje się potwierdzenie, że zaoferowany stół pacjenta o maks. obciążeniu 210 kg zachowuje precyzję ruchu i ustawienia stołu na poziomie $\pm 0,25$ mm. Dane te – dotyczące urządzenia Somatom Scope - odwołujący przekazał pismem z 2 kwietnia 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 17 maja 2017 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z 5 września 2017 r., w którym złożył oświadczenie, że precyzja ustawienia stołu pod pełnym obciążeniem wynosi $\pm 0,25$ mm. Nie wskazał, gdzie w dotychczas złożonych dokumentach znajduje się potwierdzenie tych danych. Złożył natomiast oświadczenie producenta w języku angielskim i tłumaczenie na język polski. Okolicznością bezsporną jest, że tekst w języku angielskim zawiera stwierdzenie, że precyzja ustawienia stołu wynosi $\pm 0,25$ mm, natomiast tłumaczenie głosi, że precyzja ustawienia stołu na pod pełnym obciążeniem wynosi $\pm 0,25$ mm. Oświadczenie w imieniu producenta złożył Pan E. K.– G. S. M. C. T..

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że precyzja ustawienia stołu pod pełnym obciążeniem wynosi $\pm 0,25$ mm.

Wymaganie zamawiającego zarówno w SIWZ, jak i wezwaniu z 31 sierpnia 2017 r., było sformułowane jasno i jednoznacznie, zatem obowiązkiem wykonawcy było udzielenie równie jasnej i nie budzącej wątpliwości odpowiedzi. Tymczasem odwołujący złożył dokument, z którego nie wynikało potwierdzenie spełniania wymagań zamawiającego. Nawet jeśli dopuścić teoretyczną możliwość, że parametr precyzji ustawienia stołu pod pełnym obciążeniem nie w każdym przypadku jest wskazywany w dokumentacji technicznej, to powinien być bezwzględnie podany w oświadczeniu producenta załączonym do pisma z 5 września 2017 r. Zamawiający nie mógł zignorować tego, że złożone oświadczenie nie odpowiada treści wezwania i prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Za nieuzasadnione Izba uznała jednak stanowisko zamawiającego, że Pan E. K. nie był upoważniony do składania oświadczeń w imieniu producenta. Po pierwsze, zamawiający nie żądał wywiedzenia uprawnienia osoby, która złożyła oświadczenie, do działania w imieniu producenta, zatem jego stanowisko oparte jest wyłącznie na domniemaniu braku reprezentacji. W świetle dokumentów przedstawionych przez odwołującego na rozprawie domniemanie te okazało się całkowicie bezpodstawne. Po drugie, potwierdzenie parametrów technicznych urządzenia wymaga złożenia oświadczenia wiedzy, nie oświadczenia woli. Przyjęcie tego rodzaju oświadczenia wiedzy przez zamawiającego nie wymaga wykazania uprawnienia do reprezentacji osoby, która je składa (*vide*: wyroki Izby w sprawach KIO 12/10 i KIO 2115/11).

W pkt 043 załącznika Nr 3 do SIWZ zamawiający wymagał, aby liczba dostępnych pól skanowania była większa niż 1 i żądał podania ich liczby. W odpowiedzi odwołujący złożył ofertę, w której oświadczył, że zaoferowane przez niego urządzenie posiada dwa pola skanowania.

Oświadczenie producenta złożone przez odwołującego przy piśmie z 13 czerwca 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty z 6 czerwca 2017 r. głosi, że liczba ta wynosi 2, jednak opis stacji roboczych, który odwołujący również załączył do wyjaśnień, stanowi o polu rekonstrukcji (liczba pojedyncza – podkreślenie Izby) 5-50 cm oraz 5-70 cm z funkcją Extended FoV, która może być zaoferowana opcjonalnie. W zgodzie z tym opis wyposażenia sprzętowego systemu złożony przez odwołującego na rozprawie wskazuje pole skanowania (liczba pojedyncza – podkreślenie Izby) 50 cm i opcjonalnie z 70 cm z funkcją Extended FoV.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał zamawiającemu, że oferowane urządzenie posiada dwa pola skanowania. Za wiarygodne uznała stanowisko zamawiającego i przystępującego, że opis wskazuje nie na dwa pola skanowania, lecz na jedno pole, które skutkiem zabiegów matematycznych może być rozszerzone. Tak uzyskane pole nie może być uznane za drugie pole skanowania, lecz za pole rekonstrukcji. Potwierdza to rysunek złożony na rozprawie przez odwołującego. Dostrzec też należy, że rozszerzenie pola skanowania jest możliwością opcjonalną. Tymczasem ani z treści oferty odwołującego, ani z treści wyjaśnień i dokumentów składanych zamawiającemu w toku postępowania nie wynika, aby możliwość ta została zaoferowana w badanym postępowaniu.

Wymaganie zamawiającego, aby oferowane urządzenie posiadało co najmniej dwa pola skanowania, było w ocenie Izby sformułowane jednoznacznie, jednak pomimo tego odwołujący mógł po wszczęciu postępowania wyjaśnić, czy możliwość rozszerzenia 1 pola skanowania zostanie uznana za spełnienie wymagań zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego jest zachowanie należytej staranności, która powinna wyrażać się również w tym, że ewentualne wątpliwości co do treści SIWZ powinny być wyjaśnione przed złożeniem oferty (wyrok Sądu Najwyższego w sprawie IV CSK 626/13. Odwołujący nie żądał wyjaśnień, lecz na własne ryzyko złożył ofertę, która została trafnie odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

W świetle zaprezentowanych ustaleń i ocen zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp jest niezasadny. Nie istnieją bowiem wątpliwości co do treści oferty odwołującego, których wyjaśnienie doprowadziłoby do oceny, że oferta ta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego.

W pkt 076 załącznika Nr 3 do SIWZ zamawiający wymagał, aby system zatrzymania zasilania dla konsoli operatorskiej zapewniał podtrzymanie zasilania na minimum 3 minuty i żądał potwierdzenia tego parametru przez wykonawcę. Wymaganie to zostało zmienione odpowiedzią na pytanie odwołującego udzieloną przez zamawiającego 11 kwietnia 2017 r. w ten sposób, że zamawiający wymagał podtrzymania zasilania na minimum 5 minut, jednak bez zmiany brzmienia pkt 076 załącznika Nr 3. Odwołujący złożył załącznik nr 3, w którym treść pkt 076 nie została zmieniona.

Zdaniem Izby, w złożonej ofercie odwołujący potwierdził spełnianie wymagania zamawiającego. Skoro zamawiający nie żądał wskazania konkretnej wartości parametru, nie miał

podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, a jeśli miał wątpliwości, co do spełniania swoich wymagań, powinien skorzystać z możliwości uzyskania wyjaśnień.

Kwestia UPS była badana przez zamawiającego w odniesieniu do pkt 097, co do którego zamawiający żądał wyjaśnień pismem z 31 sierpnia 2017 r. Do odpowiedzi z 5 września 2017 r. odwołujący dołączył ulotkę producenta, z której wynika potwierdzenie wymóg podtrzymania zasilania 5 minut. Jeśli zdaniem zamawiającego na jej podstawie nie można było uznać również spełniania wymagania z pkt 076, powinien zażądać odrębnych wyjaśnień od odwołującego, a tego zamawiający zaniechał. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z racji niezgodności treści tej oferty z wymaganiami opisanymi w pkt 076 z naruszeniem art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący nie wykazał działania lub zaniechania zamawiającego prowadzącego do naruszenia tych przepisów. Osnowa faktyczna odwołania dotyczyła wyłącznie oferty odwołującego.

Potwierdzenie naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego przez wadliwe uznanie, że oferta odwołującego nie spełnia wymagania opisanego w pkt 076 załącznika Nr 3 nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta ta okazała się niezgodna z wymaganiami opisanymi w pkt 025 i 043. Przesłanki uwzględnienia odwołania opisane w art. 192 ust. 2 Pzp nie zostały spełnione.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.)

Przewodniczący: