

Sygn. akt: KIO/UZP 660/10

**WYROK**  
**z dnia 6 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Bogdan Artymowicz**

**Członkowie:** **Justyna Tomkowska**

**Paweł Trojan**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 195b** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. Prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34** protestu z dnia 2 kwietnia 2010 r.

przy udziale **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. Prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34 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 uiszczonego przez **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 195b,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. Prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 34** na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 195b** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego przed KIO,
- 3) 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 **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 195b.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. Prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa rezonansu magnetycznego oraz przebudowa polikliniki w celu wykonania pomieszczeń dla Pracowni Rezonansu Magnetycznego.

Pismem z dnia 24 marca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę firmy Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na taką czynność protest złożył wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy - poprzez nie odrzucenie oferty nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ i niezgodnej z ustawą.,
- 2) art. 7 ust 1 ustawy poprzez nieuzasadnione zróżnicowanie traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu,
- 3) innych przepisów wskazanych bądź wynikających z uzasadnienia protestu.

Odwołujący w proteście wnosił o:

- 1) uwzględnienie protestu w całości,
- 2) odrzucenie oferty Siemens Sp. z o.o.
- 3) powtórzenie czynności i dokonanie wyboru oferty Protestującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu odwołujący wskazał, iż wybrana przez zamawiającego oferta podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. gdyż nie spełnia wymogów SIWZ i jest niezgodna z ustawą. Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca - Siemens Sp. z o.o. na stronie 4 swojej oferty uzależnił płatność ratalną za wykonanie zamówienia od uzyskania zgody zamawiającego na cesję wierzytelności na rzecz Siemens Finance oraz zgody na ustanowienie zastawu rejestrowego na dostarczonym sprzęcie na rzecz podmiotu finansującego. W ocenie odwołującego nie jest to wprost akceptacja warunków SIWZ. W ocenie odwołującego zamawiający nie wyraził zgody na ustanowienie zastawu rejestrowego oraz nie wyraził zgody na cesję wierzytelności na rzecz Siemens Finance. Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że oferta wykonawcy Siemens Sp. z o.o. jest ofertą o charakterze warunkowym, gdyż zawiera zapisy niezgodne z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał, iż pomimo faktu braku akceptacji postanowień SIWZ bez zastrzeżeń zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Siemens Sp. z o.o.

Do postępowania wywołanego protestem pismem z dnia 6 kwietnia 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Siemens Sp. z o.o. Przystępujący wnosił o oddalenie protestu odwołującego i utrzymanie w mocy czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu przystępujący podniósł, iż działaniom zamawiającego nie można przypisać naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie przystępującego na każdym etapie postępowania wszyscy wykonawcy byli traktowani tak samo a ich oferty badane i oceniane były w oparciu o te same kryteria. Ponadto przystępujący podnosił, że treść formularza ofertowego została przez niego uzupełniona zgodnie z odpowiednim załącznikiem do SIWZ i jest zgodna z treścią SIWZ. Podał również, że dodatkowe zdanie umieszczone pod zobowiązaniem rozłożenia płatności na raty traktować należy, jako wniosek o wyrażenie zgody na cesję wierzytelności i ustanowienie zastawu rejestrowego. W ocenie przystępującego ani ustawa Prawo zamówień publicznych ani zapisy SIWZ nie precyzują, kiedy z takim wnioskiem wykonawca można wystąpić. Przystępujący stwierdził, że zapisy w jego ofercie dotyczące płatności rozłożonej w czasie jest zgodny z SIWZ i opisuje sposób realizacji wymogu przez wykonawcę w przypadku wyboru jego oferty.

Rozstrzygnięciem z dnia 7 kwietnia 2010 r. zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu wskazał, iż specyfikacja w części XXII ust. 8 w sposób wyraźny przewiduje możliwość dla każdego z wykonawców do dokonania przelewu wierzytelności, zastrzega jednak zamawiającemu prawo do wiedzy, komu ta cesja będzie przysługiwać albowiem jest to oczywistym interesem zamawiającego i wyłącznie dlatego uzależnione jest od jego zgody wyrażonej w formie pisemnej. Zamawiający uznał, że jego działaniom nie można zarzucić złamania zasady równego traktowania. W ocenie zamawiającego wybrał on ofertę, która była najkorzystniejsza.

Od takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 15 kwietnia 2010 r. odwołanie wniósł wykonawca – Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy - poprzez nie odrzucenie oferty nie odpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ i niezgodnej z ustawą,
- 2) art. 7 ust 1 ustawy poprzez nieuzasadnione zróżnicowanie traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu,
- 3) innych przepisów wskazanych bądź wynikających z uzasadnienia protestu.

W uzasadnieniu odwołujący powtórzył argumentację i twierdzenia zawarte w proteście.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2010 r. do postępowania wywołanego odwołaniem swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Siemens Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności zamawiającego polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą oferty przystępującego. W uzasadnieniu przystąpienia przystępujący powtórzył argumentację i twierdzenia zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. Prof. Ludwika Bierkowskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa rezonansu magnetycznego oraz przebudowa polikliniki w celu wykonania pomieszczeń dla Pracowni Rezonansu Magnetycznego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 stycznia 2010 r.

Zgodnie z pkt XXII ust. 1 SIWZ zamawiający określając istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy zastrzegł, iż *„należność za przedmiot umowy zamawiający uregułuje w 60 równych ratach, płatnych do ostatniego dnia każdego*

*miesiąca(...)*”. Ponadto zgodnie z pkt XXII ust. 8 SIWZ, *„Zamawiający zastrzega sobie, że przelew wierzytelności (cesja) wymaga, pod rygorem nieważności, zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie”*. Dodatkowo zgodnie z pkt 4 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli podać warunki płatności.

Do upływu terminu składania ofert złożono trzy oferty. Pismem z dnia 24 marca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Czynność ta leży u podstaw postępowania protestacyjnego jak i odwoławczego.

**Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy p.z.p., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Jak stwierdziła Izba wykonawca Siemens Sp. z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, której treść w pkt 4 formularza ofertowego – „Warunki płatności” oprócz wymaganego przez zamawiającego czasu płatności 60 miesięcy zawiera zapis: *„Płatność rozłożona w czasie wymaga zgody Zamawiającego na cesję wierzytelności na rzecz Siemens Finance (bez dodatkowych kosztów dla Zamawiającego) oraz zgodę na ustanowienie zastawu rejestrowego (bez dodatkowych kosztów dla Zamawiającego)”*.

W ocenie Izby zapis, dodany przez Przystępującego w pkt. 4 formularza ofertowego powoduje, iż oferta złożona przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o. jest ofertą warunkową. Charakter tego zapisu powoduje, iż spełnienie przez Zamawiającego określonego w nim warunku wykonawca Siemens Sp. z o.o. uznał, jako element na tyle istotny, iż uzależnił od

niego możliwość rozłożenia płatności na raty. Wskazuje na to zapis „Płatność rozłożona na raty wymaga(...)” co oznacza jego kategoryczny charakter i uznać należy, iż wyrażenie zgody na cesję i ustanowienie zastawu rejestrowego spowoduje, iż warunki płatności określone przez zamawiającego zostaną zaakceptowane. Tym samym Izba uznała, iż zastrzeżenie w ofercie Przystępującego w pkt 4 formularza ofertowego powyższego zapisu ma charakter warunku, bez względu na to, jaki był cel i zamiar Przystępującego w jego ujęciu w treści oferty. Izba nie uwzględniła również w tym aspekcie dokonanej na rozprawie próby wykładni językowej tego zapisu, iż wykonawca wnioskuje do zamawiającego o wyrażenie zgody na cesję i nie jest to warunek, od którego spełnienia uzależnione jest rozłożenie płatności na 60 rat. Izba nie podzieliła również poglądu przystępującego, iż zapis w pkt 4 formularza ofertowego nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do wyrażania zgody na cesję, która została zastrzeżona w SIWZ. Nie ulega wątpliwości, iż zamiarem podmiotu składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wypracowanie zysku ekonomicznego i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jak najkorzystniejszych warunkach. Tym samym Izba uwzględniając powyższe okoliczności stoi na stanowisku, iż wprowadzenie dodatkowego zastrzeżenia w treści oferty ma przede wszystkim ochronę interesów wykonawcy i zwiększenie ochrony bezpieczeństwa ekonomicznego wykonawcy. Powyższe wskazuje, iż zawarty w treści formularza ofertowego zapis nakłada na Zamawiającego konieczność wyrażenia zgody na cesję wierzytelności jak i ustanowienie zastawu rejestrowego, co jednocześnie czyni ofertę złożoną przez Przystępującego, jako złożoną z zastrzeżeniem warunku. Tym samym wykonawca mógłby uchylić się od obowiązku podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego gdyby określone czynności nie zostały przez Zamawiającego wykonane. W przypadku wyboru oferty wykonawcy z takim zastrzeżeniem nie będzie to dla niego skutkowało utratą wadium, gdyż zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Jak stwierdziła Izba jednym z warunków w rozumieniu powyższego przepisu ustawy p.z.p. jest warunek ujęty w pkt 4 formularza ofertowego, co niejako rozszerza w odniesieniu do treści SIWZ treść oferty Przystępującego. W ocenie Izby przeczy to zapisom pkt. XXII ust. 8 SIWZ, zgodnie z którym *„...należność za przedmiot umowy zamawiający ureguluje w 60 równych ratach(...).”* W ocenie Izby warunek rozłożenia płatności na 60 rat był bezwzględny. Przyjęcie w ofercie zapisu jak w pkt 4 formularza ofertowego, uzależniło spełnienie postanowień SIWZ od dodatkowej czynności Zamawiającego i stanowi o niezgodności treści oferty Siemens Sp. z o.o. z SIWZ. W ocenie Izby oświadczenie woli złożone przez Przystępującego w ofercie ma charakteru warunkowy Tym samym oferta wykonawcy Siemens Sp. z o.o. stoi w sprzeczności z wymogami SIWZ.

Zmiana treści formularza ofertowego wskutek dodania do jego treści warunku powoduje, iż pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ zachodzi niezgodność o charakterze istotnym i jednocześnie powoduje, iż złożona w postępowaniu oferta nie ma charakteru stanowczego, zaś zaoferowane świadczenie nie jest pod względem merytorycznym tożsame z tym określonym w SIWZ. W tym względzie nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem reprezentowanym przez Zamawiającego, że powyższe zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego nie powoduje sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Co prawda, wszystkie oferty zostały ocenione o te same kryteria, jednak zdaniem Izby oferta Siemens Sp. z o.o. jako niezgodna z SIWZ winna zostać odrzucona.. W ocenie Izby wprowadzone w pkt 4 formularza ofertowego składającego się na treść oferty Przystępującego zastrzeżenie uzależnia rozłożenie płatności na raty od zgody Zamawiającego na cesję i zastaw rejestrowy na przedmiocie zamówienia.

Tym samym złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ i wybór jej przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej stoi w sprzeczności z treścią art. 82 ust. 3 ustawy p.z.p., co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy p.z.p. – której to czynności Zamawiający zaniechał. Wobec powyższego Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy p.z.p. Jednocześnie w związku z powyższym doszło do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu powoduje, iż doszło w tym wypadku do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....