

WYROK
z dnia 21 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez wykonawcę **Maquet Polska Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach**,

przy udziale **PROMED S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, Zespołowi Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę, instalację i uruchomienie wyposażenia Bloku Operacyjnego ZZOZ w Wadowicach – Pakiet nr 2, w tym odrzucenie oferty PROMED S.A. w Warszawie jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Maquet Polska Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach** na rzecz **Maquet Polska Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Krakowie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, instalację i uruchomienie wyposażenia Bloku Operacyjnego ZZOZ w Wadowicach.

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 15.11.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 219-356345.

W dniu 29.02.2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty PROMED S.A. w Warszawie (zwana dalej „Promed”) jako najkorzystniejszej w pakiecie (części) nr 2 zamówienia.

W dniu 09.03.2012. r. Maquet Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako „Maquet”) wniosła odwołanie od wyboru oferty Promed i zaniechania odrzucenia tej oferty pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „specyfikacja” lub „SIWZ”), zarzucając w związku z powyższym zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący zażądał unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, także nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Promed na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż Pakiet nr 2 zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie, obejmował m.in. stół operacyjny ortopedyczny, stół operacyjny ginekologiczny oraz stół operacyjny ogólnochirurgiczny, spełniające wymogi szczegółowo wskazane w specyfikacji. Jako wymagane parametry dla tych stołów wskazano „podstawa i kolumna monolityczna, koła w podstawie nie wystające poza zarys podstawy stołu” (pkt 2 parametrów wymaganych dla każdego rodzaju stołu w specyfikacji).

Na dowód powyższego powołano: strony 25, 27 i 28 SIWZ, pkt 2 „Parametrów wymaganych”.

Następnie odwołujący wskazał, że w toku postępowania Promed zadała pytanie, czy zamawiający dopuści stół operacyjny z kołami minimalnie wystającymi poza obrys niemonolitycznej podstawy i kolumny. Zamawiający nie wyraził zgody na taką modyfikację SIWZ.

Dowód: pismo zamawiającego do Maquet o złożonych w przetargu pytaniach i wprowadzonych przez zamawiającego modyfikacjach w SIWZ – pytanie nr 159 i odpowiedź, str. 26 pisma.

Pismem z dnia 4 stycznia 2012 r. Maquet zawiadomiła zamawiającego, iż stoły operacyjne zaoferowane przez Promed nie spełniają wymogów SIWZ w zakresie posiadania przez nie podstawy i kolumny monolitycznej oraz niewystawiania kół w podstawie poza zarys podstawy stołu.

Dowód: pismo Maquet z dnia 4 stycznia 2012 r.

Pomimo powyższego zamawiający wybrał ofertę Promed jako najkorzystniejszą. Tymczasem w ocenie odwołującego jest to oferta, która nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż stół operacyjny oferowany przez Promed nie posiada podstawy i kolumny monolitycznej, a koła wystają poza zarys podstawy stołu.

W SIWZ zamawiający jasno precyzował, iż koła nie mogą wystawać poza obrys podstawy stołu. Nie dopuszczał żadnego stopnia czy zakresu w jakim koła ewentualnie mogą wystawać. W piśmie odwołującego z dnia 4 stycznia 2012 r. fakt ten zobrazowano na przedstawionych tam zdjęciach, pochodzących z folderu prezentującego zaoferowany przez Promed stół Titan.

Dla odwołującego sprzecznym z prawem jest postępowanie zamawiającego w następującym zakresie: zamawiający dwukrotnie (w specyfikacji i odpowiedzi na pytanie Promed) podkreślił, iż koła jezdne stołu mają być schowane w podstawie, zaś przy wyborze oferty zaprzeczył swoim wcześniejszym żądaniom i twierdzeniom wybierając ofertę nie spełniającą tego wymogu, łamiąc tym samym przepisy prawa.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający – w Załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, w Pakiecie nr 2, w tabeli „Parametry wymagane”, odnośnie stołów operacyjnych: ortopedyczny (pkt 1), ginekologiczny (pkt 2), ogólnochirurgiczny (pkt 3) – wymagał „Podstawa i kolumna stołu monolityczna, koła w podstawie nie wystające poza zarys podstawy stołu. Na osi długiej podstawy brak jakichkolwiek wystających elementów np. dźwigni. Obudowa kolumny i podstawy wykonana ze stali nierdzewnej.”

W wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ z dnia 16.12.2011 r., w odpowiedzi na pytanie nr 159 o treści: „Czy biorąc pod uwagę zapis z tabeli technicznej pkt 2 oraz późniejsze wyjaśnienia do SIWZ Zamawiający dopuści stół operacyjny z kołami minimalnie wystającymi poza obrys niemonolitycznej podstawy i kolumny? Prosimy zauważyć iż proponowane rozwiązanie jest zdecydowanie lepsze od wymaganego pierwotnie ze względu na fakt, iż Zamawiający nie jest ograniczony jedną zwartą bryłą podstawy i kolumny, ale w razie jakichkolwiek uszkodzeń może np. wymieniać poszczególne elementy podstawy czy kolumny. Prosimy także zauważyć, iż niezabudowanie kół znacznie ułatwi personelowi codzienne ich czyszczenie i dezynfekcję – zamawiający udzielił odpowiedzi, iż nie wyraża zgody.

Promed zaoferowała w swojej ofercie – formularz ofertowy, pkt 1, tabela „Pakiet nr 2” - w pozycjach dotyczących ww. stołów, stoły typu Titan produkcji Trumpf Medizin Systeme GmbH.

Do oferty załączono materiały informacyjne producenta (str. 52 i n. oferty) zawierające zdjęcia stołów z różnymi rozkładami kół – zarówno schowanymi, jak i wysuniętymi poza podstawę stołu.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż stoły typu Titan zaoferowane przez Promed posiadają ruchome kółka, ustawiające się zgodnie z kierunkiem jazdy, które w określonych pozycjach chowają się zarówno pod podstawą stołu, jak też wystają poza nią. Generalnie możliwe jest schowanie kółek pod podstawę.

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 przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani

postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań siwz, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe należy przede wszystkim wskazać na znaczenie odnośnego fragmentu SIWZ dotyczącego wymagań w przedmiocie położenia kółek stołu względem jego podstawy. W ocenie Izby wymagania te zostały sformułowane jasno i nie budzą żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Opis zawarty w specyfikacji, wbrew sugestiom przystępującego, nie jest opisem funkcjonalnym, ale konstrukcyjnym. Zamawiający nie opisał stołu przez wskazanie funkcji czy celów, które ma wypełniać, a których osiągnięcie miałyby ewentualnie uniemożliwiać określone rozwiązania konstrukcyjne. Przeciwnie, zamawiający w powoływanym pkt 2 tabel załącznika nr 1 do SIWZ wskazał, iż koła w podstawie mają nie wystawać poza zarys podstawy stołu, a nie, iż możliwe ma być osiągnięcie ich takiego położenia. Nie złagodził tego warunku w żaden sposób, nie dopuścił wyjątków, ale generalnie wskazał jak mają być położone koła. Taki sposób formułowania wypowiedzi potocznej jest równoważny z użyciem kwantyfikatora ogólnego w wyrażeniu sformalizowanym. Dla celu, aby tak sformułowane zdanie nie ustanawiało ogólnego wymagania „schowania” kół pod podstawą stołu, należałoby dodać i dopuścić stosowne wyłączenia.

Co prawda przytaczane w ustaleniach Izby pytanie i odpowiedź nr 159 wprost powyższego nie dotyczą – zakres pytania i odpowiedzi dotyczy kół nieznacznie wystających (jak można przyjąć za użytym sformułowaniem – wystających stale) poza obrys podstawy, a nie w niektórych położeniach wystających, a w niektórych niewystających – to jednak rzucają pewne światło na intencje zamawiającego związane z formułowaniem wymagań w tym przedmiocie. Tym bardziej, iż zamawiający uzasadniając odstępnie od literalnej

interpretacji wymagań własnej SIWZ, przywoływał takie same względy jak, te które przywołano w ww. pytaniu (łatwiejsza dostępność, higieniczność ...etc.), a które nie przekonały go do dopuszczenia kół nieznacznie wystających poza podstawę.

Tymczasem stoły operacyjne zaoferowane przez Promed posiadają koła ruchome, które przyjmują pozycję względem kierunku i wektora ruchu stołu, w zależności od powyższego przynajmniej niektóre z nich wystają poza podstawę stołu.

Ewentualnie możliwe byłoby uznanie za spełniające tak sformułowane wymagania SIWZ rozwiązanie, które umożliwiłoby ich stałe umiejscowienie w obrębie podstawy stołu, czyli niejako wybór i zastosowanie jednej z dostępnych opcji – takiej która spełnia wymagania specyfikacji. Jednakże w przypadku stołu Titan ograniczyłoby to jego mobilność, która jest również wymagana w SIWZ (pkt 23 ww. tabel).

Jak już wskazano wymagania specyfikacji sprowadzają się do konieczności zapewnienia „schowania” kół w pełnym zakresie ich ruchu i w każdym położeniu. Wbrew twierdzeniom przystępującego nie sprowadza się to wcale do konieczności ich zabudowania. Powyższe wymaganie spełniały będą również kółka niezabudowane, których oś ruchu zostanie umieszczona dalej od krawędzi podstawy, tak aby promień ich ruchu nie wykraczał poza nią.

Ponadto Izba stwierdza, iż przedmiotem zarzutu odwołania nie było podniesienie niedostatecznego potwierdzenia przez wybranego wykonawcę, iż oferowane przezeń dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, ale wskazanie na materialną niezgodność oferowanego przedmiotu dostawy z SIWZ. Tym samym zbędne było ocenianie jakie informacje były dostępne zamawiającemu w trakcie oceny ofert. Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, zdjęć poglądowych stołów typu Titan zawartych w ofercie wybranej, a także informacji udzielonych przez uczestników postępowania odwoławczego na rozprawie, ponad wszelką wątpliwość możliwe było ustalenie konstrukcji ww. stołów.

Następnie, w wyniku zestawienia ustalonych cech zaoferowanych stołów z treścią właściwie odczytanych, cytowanych wyżej wymagań specyfikacji, koniecznym stało się orzeczenie o niezgodności treści oferty Promed z SIWZ w zakresie konstrukcji kół zaoferowanych stołów operacyjnych jako wystających poza obris podstawy stołu.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznano za zasadny i nakazano odrzucenie oferty Promed jako niezgodnej z treścią specyfikacji. Przy czym Izba uznała za niemożliwe zastosowanie w tym przypadku dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – zmiana doprowadzająca do uzgodnieniu treści oferty z SIWZ sprowadzałaby się do konieczności zasadniczej zmiany treści oferty polegającej na zmianie oferowanego przedmiotu dostawy.

Izba nie orzekła natomiast o jakiegokolwiek zgodności bądź niezgodności zaoferowanych stołów operacyjnych z wymaganiami SIWZ w zakresie monolityczności kolumny czy podstawy stołów, w związku z brakiem sformułowania w odwołaniu zarzutów z tym związanych.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tymczasem zarzutów wskazujących na niezgodności zaoferowanych przez Promed stołów z wymaganiami SIWZ dotyczącymi monolitycznego kształtu czy konstrukcji podstawy, odwołujący w odwołaniu nie sformułował.

Zarzutem w rozumieniu ww. przepisu nie jest bowiem samo generalne wskazanie na fakt, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a nawet podanie której części oferty czy specyfikacji ta niezgodność dotyczy, ale dokładne opisanie, na czym ta niezgodność polega. Natomiast w rozpatrywanym odwołaniu wskazano tylko, iż stoły zaoferowane przez Promed nie spełniają wymogów SIWZ w zakresie posiadania przez nie podstawy i kolumny monolitycznej. Zarówno w treści odwołania, jak i w załączonym doń piśmie z dnia 4 stycznia 2012 r. opisano jedynie na czym polega zarzut dotyczący wystawiania kół poza podstawę stołu, a odnośnie monolityczności, poza jej podniesieniem, nic nie dodatkowo. Dopiero na rozprawie odwołujący wskazał, iż chodziło mu o wystającą dźwignię, klapy z innego materiału niż całość kolumny i podstawy... etc... Przy czym zaznaczyć należy, iż monolityczność i jej brak w podstawie czy kolumnie stołu operacyjnego to nie jest cecha czy zjawisko zrozumiałe samo przez się, które nie wymaga żadnego doprecyzowania. Zarzut sformułowany w ten sposób nie nadawał się więc ani do rozpoznania przez Izbę ani do uwzględnienia przez zamawiającego, który oceniając odwołanie nie może domyślać się i dociekać na czym podniesiony w odwołaniu zarzut w rzeczywistości polegał.

Izba poza materiałami zawartymi w ofercie Promed i dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia nie uwzględniła żadnych innych dowodów przedkładanych przez uczestników postępowania odwoławczego, jako zbędnych dla rozpoznania sprawy. W szczególności dowody przedstawione przez przystępującego dotyczą faktów niespornych i oczywistych (w zakresie możliwości różnego ustawienia kół stołu Titan – oświadczenie producenta stołu, Trumpf Medizine Systems GmbH+Co.KG) lub zagadnienia monolityczności (poza zakresem orzekania Izby). Natomiast oświadczenia lekarzy – Edwarda S. i Zygmunta Ł. – są jedynie opiniami czy „propozycjami” pracowników zamawiającego w sprawie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp 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 § 5 ust. 2 pkt 1 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: