

**WYROK**

**z dnia 1 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014 r. przez **GE Medical Systems Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca w Katowicach - Ochojec**

przy udziale wykonawcy **XYLION Medical Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca w Katowicach – Ochojec** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **XYLION Medical Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Poznaniu** i dokonanie ponownej oceny ofert w zakresie zad. Nr 4.

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca w Katowicach – Ochojec** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GE Medical Systems Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca w Katowicach – Ochojec** na rzecz **GE Medical Systems Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyposażenia medycznego: Zad. 1 – Myjnia profesjonalna – Oddział Neurochirurgii, Zad. 2 – Pulsoksymetr przenośny – Oddział Neurochirurgii, Zad. 3 – Stół operacyjny z osprzętem – Oddział Neurochirurgii, Zad. 4 – Aparat RTG z ramieniem C – Oddział Neurochirurgii, Zad. 5 – Stolik na podręczny sprzęt jednorazowy – Oddział Neurochirurgii.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 16 czerwca 2014 roku wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na niezgodne z ustawą Pzp działania i zaniechania zamawiającego, polegające na:

1. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S. k. a., ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań (przystępujący)
2. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej zwanej „SIWZ”;
3. zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 4;
- 2) dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego w zakresie Zadania nr 4;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 4.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa wyposażenia medycznego z podziałem na pięć części (zadań). Przedmiotem Zadania nr 4 jest dostawa aparatu RTG z ramieniem C dla Oddziału Neurochirurgii. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 4 określa Załącznik nr 4 do SIWZ - Zestawienie parametrów technicznych. Jednym z parametrów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego jest wymóg wyposażenia przedmiotu zamówienia w monitor / monitory HD na ruchomym wysięgniku montowanym na ramieniu C (poz. VII.56 Zestawienia parametrów technicznych dla Zadania nr 4 - Załącznik nr 4 do SIWZ).

W dniu 10 czerwca 2014 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania w odniesieniu do Zadania nr 4. W wyniku przeprowadzonej oceny ofert zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, która otrzymała 100 pkt (kryterium: cena 100%). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z wynikiem 77,78 pkt.

Odwołujący kwestionuje powyższe rozstrzygnięcie postępowania argumentując, iż zamawiający mylnie uznał, że treść oferty przystępującego odpowiada w całości treści SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że wymóg opisany w punkcie VII.56 Zestawienia parametrów technicznych dla Zadania nr 4 (Załącznik nr 4 do SIWZ) - "Monitor/y HD na ruchomym wysięgniku montowanym na ramieniu C" należy interpretować zgodnie z treścią udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ. Otóż, w piśmie z dnia 13 stycznia 2014 r., odpowiadając na pytanie nr 27 - "Czy zamawiający będzie wymagał aby monitory obrazu referencyjnego, oraz «na żywo» znajdowały się na osobnym wózku z możliwością obrotu względem podstawy wózka?" - Zamawiający odpowiedział: "Zgodnie z SIWZ". W ocenie odwołującego zamawiający nie dopuścił możliwości zaoferowania urządzenia wyposażonego w oddzielny wózek do montażu monitorów, zamiast rozwiązania zintegrowanego, zapewniającego montaż monitorów na ramieniu C.

Po zapoznaniu się z treścią oferty przystępującego, odwołujący stwierdza, zaoferowany przez przystępującego system ZEN 2090 nie spełnia wymogu opisanego w punkcie VII.56 Zestawienia parametrów technicznych dla Zadania nr 4 (Załącznik nr 4 do SIWZ). Przystępujący potwierdził spełnienie tego wymogu poprzez wpisanie słowa "TAK" w poz. VII.56 w załączonym do oferty zestawieniu parametrów technicznych, jednakże oferowane przez przystępującego urządzenie ZEN 2090 nie zapewnia takiej funkcjonalności. Urządzenie ZEN 2090 produkowane jest w wersji składającej się z dwóch wózków, z czego jeden wózek służy do zamocowania ramienia C, zaś drugi wózek dedykowany jest od zamocowania monitorów.

Takie rozwiązanie stoi w sprzeczności z oczekiwaniami zamawiającego, który postawił wymóg dostarczenia rozwiązania kompaktowego, opartego na jednym wspólnym wózku, na którym zamocowane są wszystkie podzespoły, w tym ramię C oraz monitory.

Wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez zamawiającego potwierdzają, że nie wyraził on zgody na modyfikację wymogu opisanego w punkcie VII.56 Zestawienia parametrów technicznych dla Zadania nr 4 (Załącznik nr 4 do SIWZ), poprzez dopuszczenie oddzielnego wózka dla monitorów.

W ocenie dowołującego w zaistniałej sytuacji należy stwierdzić, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ wskutek braku spełniania przez oferowany system wymagań określonych przez zamawiającego (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy zmienił stanowisko i w rezultacie wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania przystąpił, po stronie zamawiającego, wykonawca XYLION Medical Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Poznaniu.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 4 określa Załącznik nr 4 do SIWZ - Zestawienie parametrów technicznych. Jednym z parametrów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego jest wymóg wyposażenia przedmiotu zamówienia w monitor / monitory HD na ruchomym wysięgniku montowanym na ramieniu C (poz. VII.56 Zestawienia parametrów technicznych dla Zadania nr 4 - Załącznik nr 4 do SIWZ).

W piśmie z dnia 13 stycznia 2014 r., odpowiadając na pytanie nr 27 - "Czy zamawiający będzie wymagał aby monitory obrazu referencyjnego, oraz «na żywo» znajdowały się na osobnym wózku z możliwością obrotu względem podstawy wózka?" - zamawiający odpowiedział: "Zgodnie z SIWZ". W zakresie wymogu określonego w poz. VII.56 Załącznika nr 4 zamawiający nie udzielał innych odpowiedzi.

Przystępujący zaoferował system ZEN 2090, który jest produkowany jest w wersji składającej się z dwóch wózków, z czego jeden wózek służy do zamocowania ramienia C, zaś drugi wózek dedykowany jest od zamocowania monitorów.

W dniu 10 czerwca 2014 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania w odniesieniu do Zadania nr 4. W wyniku przeprowadzonej oceny ofert zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, która otrzymała 100 pkt (kryterium: cena 100%). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z wynikiem 77,78 pkt.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Izby zamawiający postawił określony jasno wymóg, iż monitor / monitory HD powinny znajdować się na ruchomym wysięgniku montowanym na ramieniu C. W tym zakresie zamawiający nie zmodyfikował specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący zaoferował system, w którym monitory znajdowały się na osobnym wózku i ta okoliczność nie była sporna pomiędzy odwołującym i przystępującym. W toku rozprawy okoliczność została także przyznana przez zamawiającego, który stwierdził, iż był przekonany, że przystępujący zaoferował urządzenie z monitorami montowanymi na wysięgniku C i dopiero z oświadczeń przystępującego złożonych na rozprawie dowiedział się, że przystępujący zaoferował urządzenie nie spełniające wymogu określonego w pkt. VII.56 załącznika nr 4 do SIWZ.

Stwierdzić zatem należy, iż urządzenie zaoferowane przez przystępującego nie spełnia wymogu w zakresie zamontowania monitorów i tym samym oferta przystępującego w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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 musi 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 również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na

czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając 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. 70<sup>1</sup> § 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 siwz 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. 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.

Ponieważ, w ocenie Izby, specyfikacja określała w sposób precyzyjny wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia, jak również w rozpoznawanym przypadku nie zachodzą okoliczności umożliwiające poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołania są uzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....