

WYROK
z dnia 30 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Izabela Niedziałek - Bujak

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa, 60 - 650 Poznań, ul. Piątkowska 161** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **"Pro - Medica "** w **Ełku Sp. z o. o., 19 - 300 Ełk, ul. Baranki 24** protestu z dnia **15 maja 2009 r.**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża OK Medical Systems Sp. z o. o. Sp. komandytowa, 60 - 650 Poznań, ul. Piątkowska 161**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OK Medical Systems Sp. z o. o. Sp. komandytowa, 60 - 650 Poznań, ul. Piątkowska 161,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OK Medical Systems Sp. z o. o. Sp. komandytowa, 60 - 650 Poznań, ul. Piątkowska 161.**

Uzasadnienie

W przetargu nieograniczonym na dostawę aparatury do diagnostyki obrazowej w części dotyczącej Pakietu I: Sprzęt rentgenowski, prowadzonym przez "Pro-Medica" w Ełku Sp. z o.o., wykonawca OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa, zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest, kwestionując czynność wyboru oferty firmy Shim - Med Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Protestujący zarzucił zamawiającemu:

1. niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą,
2. złamanie zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp.

Zażądał:

1. uznania za nieważną decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert pod względem spełnienia wymogów zawartych w SIWZ,
3. odrzucenia oferty firmy Shim - Med Polska Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ,
4. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykazując swój interes prawny, protestujący wskazał, że oprotestowana czynność narusza zasady udzielania zamówień publicznych wskutek czego jego interes prawny doznał uszczerbku, poprzez utratę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu podniósł, że w Zestawieniu Parametrów Granicznych, będącym częścią oferty firmy Shim - Med Polska Sp. z o.o. znajduje się szereg błędów, które dotyczą: zakresu pochyłeń stołu, formatu kaset i przekątnej monitora obrazowego LCD.

Oдноśnie zakresu pochyłeń stołu podał, że wykonawca Shim - Med Polska Sp. z o.o. wskazał zakres „od +90° do -30°” (wymóg wg SIWZ: „min. od +90° do -20°”).

Wskazał, że zgodnie z SIWZ wykonawca winien w Zestawieniu Parametrów Granicznych zaoferowanego aparatu wskazać dokładnie wartość parametrów oferowanego przez siebie urządzenia. Stwierdził, że w ofercie wybranej występują rozbieżności między parametrami zaoferowanymi przez firmę Shim - Med Polska Sp. z o.o. a wartościami podanymi na stronie internetowej producenta aparatu, firmy SHIMADZU Corporation. Wskazał także, że w prospekcie technicznym, pochodzącym z tejże strony internetowej, dotyczącym ścianki Flexavision znajduje się informacja, iż zakres pochyleń ścianki wynosi od +89° do -30°.

Oдноśnie formatu kaset podał, że wykonawca Shim - Med Polska Sp. z o.o. wskazał format: „od 18 cm x 24 cm do 35 cm x 43 cm”.

Tymczasem w przywołanym prospekcie znajdują się informacje, iż akceptowane przez aparat rozmiary kaset to: "od 20 cm x 25 cm do 35 cm x 42,5 cm", zatem zaproponowany aparat nie spełnia warunku zawartego w rozdziale VI pkt. 14 zestawienia parametrów granicznych SIWZ.

Odnosnie przekątnej monitora podał, że wykonawca Shim - Med Polska Sp. z o.o. wpisał "Tak", co oznacza, iż potwierdził posiadanie monitorów LCD o przekątnej min. 17" (wymóg rozdziału VIII pkt. 8 zestawienia parametrów).

Podniósł, że w prospekcie technicznym zawartym w ofercie firmy Shim – Med Polska Sp. z o.o. znajduje się informacja, że monitor LCD, który będzie się znajdował w sterowaniu oraz w sali badań posiada przekątną 21": Informacja ta jest sprzeczna z treścią folderu aparatu Flexavision znajdującego się z ofercie tej firmy (str. 45 oferty) oraz danymi zawartymi na stronie internetowej producenta, gdzie znajduje się informacja, iż monitor LCD w aparacie Flexavision posiada przekątną 17".

Wskazał, że istnieje możliwość dołączenia do aparatu monitora o przekątnej 21", poprzez wykorzystanie możliwości technicznych ogólnych osiągalnych na rynku, co jednak spowoduje, że certyfikat CE oraz wymóg jednego producenta nie będzie spełniony.

Protestujący wskazał, iż ustalenia zawarte w SIWZ są wiążące dla obu stron postępowania - zamawiającego i wykonawców. Zapisy zawarte w SIWZ co do podniesionych zarzutów są na tyle jednoznaczne, iż nie może być mowy o ich różnej interpretacji.

W ocenie protestującego zamawiający nie dokonał poprawnej i rzetelnej oceny złożonych ofert, naruszając tym samym zasady udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający nie odpowiedział na protest.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko zawarte w proteście oraz podtrzymał zgłaszane zarzuty i argumentację.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. SIWZ, oferty wykonawcy Shim - Med Polska Sp. z o.o., pisma Shim - Med Polska Sp. z o.o. z dnia 18.05.2009 r., a także stanowisk i oświadczeń stron, przedstawionych w proteście, odwołaniu, piśmie zamawiającego do Urzędu Zamówień Publicznych, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty wybranej w sytuacji, gdy oferta odwołującego pozostawałaby w pakiecie I ofertą z najniższą ceną, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, skoro cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił następujące istotne dla rozstrzygnięcia odwołania fakty:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, które stanowiły odrębne pakiety (II.3 SIWZ). Pakiet I, którego dotyczy odwołanie, obejmuje sprzęt rentgenowski dla Szpitala i Przychodni Specjalistycznej (II.2 SIWZ). Szczegółowy opis parametrów granicznych sprzętu dla pakietu I zamawiający zawarł w Załączniku nr 3 (Parametry zestawu rentgenowskiego Szpital) i 4 (Parametry zestawu rentgenowskiego Przychodnia).

Odwołujący zakwestionował, że zaoferowany przez firmę Shim – Med Polska Sp. z o.o. zestaw dla Szpitala (Załącznik nr 3) spełnia trzy żądane przez zamawiającego wymogi:

- w zakresie pochyleń stołu uniwersalnej ścianki RTG,
- w zakresie formatu kaset uniwersalnej ścianki RTG,
- w zakresie przekątnej monitora obrazowego LCD przewidzianego dla toru wizyjnego.

Wymogi zamawiającego odnośnie wskazanych trzech pozycji zostały zawarte odpowiednio w Załączniku nr 3 do SIWZ w części:

- VI. Uniwersalna ścianka RTG, pkt 4 Zakres pochyleń stołu,
- VI. Uniwersalna ścianka RTG, pkt 14 Format kaset,
- VIII. Tor wizyjny, pkt 8 Monitor obrazowy LCD o przekątnej min 17" w sterowni oraz sali badań

i otrzymały odpowiednio następujące brzmienie:

- „Min. od + 90° do - 20°,,
- „Min. od 18 cm x 24 cm do 35 cm x 43 cm”,
- „Monitor obrazowy LCD o przekątnej min 17" w sterowni oraz w sali badań”.

Zgodnie z Rozdziałem V.2.1 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ wykonawcy mieli dołączyć do oferty m.in. szczegółową charakterystykę oferowanego sprzętu, zawierającą nazwę sprzętu, nazwę producenta, charakterystykę oraz oryginalne katalogi (foldery) wydane przez producenta, uwzględniające parametry techniczne zaoferowanego sprzętu, a nadto zgodnie z Rozdziałem V.3.5. wypełnione załączniki, w tym Załącznik nr 3 – parametry zestawu rentgenowskiego Szpital.

W wypełnionym Załączniku nr 3 wykonawca Shim – Med Polska Sp. z o.o. podał, że oferowany przez niego zestaw rentgenowski składa się z:

1. generatora WN ZSU-50DLF,
2. stołu do zdjęć BK-120MK,
3. statywu do zdjęć płucnych BR-120M,
4. lampy RTG z zawieszeniem sufitowym CH-200M,
5. ścianki do prześwietleń i zdjęć upatrzonych

i jest to urządzenie typu Flexavision firmy SHIMADZU.

Wykonawca opisał parametry oferowanego sprzętu, korzystając z tabeli stanowiącej

Załącznik nr 3 do SIWZ i w kolumnie „parametry oferowane” tabeli w kwestionowanych pozycjach wpisał:

- „Flexavision Producent SHIMADZU Corporation; Tak, zakres pochyłości stołu od + 90° do - 30°,,
- „Flexavision Producent SHIMADZU Corporation; Tak, od 18 cm x 24 cm do 35 cm x 43 cm”,
- „Tak”,

W Szczegółowej charakterystyce oferowanego sprzętu (str. 19 – 27 oferty) wykonawca Shim – Med Polska Sp. z o.o. podał w szczególności następujące cechy i dane techniczne:

- przechył stołu: +90/-30° (str. 19 oferty),
- format kaset od 18 x 24 do 35 x 43 cm; do 4 podziałów (str. 21 oferty),
- monitor obrazowy LCD o przekątnej 21” w sterowni oraz sali badań (str.23 oferty),
- system akceptuje kasety o rozmiarach od 18 x 24 cm do 35 x 43 cm (dwukrotnie str. 25 oferty – w przypadku stołu i stojaka).

Do oferty wykonawca Shim – Med Polska Sp. z o.o. załączył także w szczególności:

- 12 – sto stronicowy folder dotyczący zdalnie sterowanego systemu R/F z serii Flexavision (str. 35 – 46 oferty), w którym na stronie 3 (str. 37 oferty) wymieniono: Flexavision z zestawem HB (system hybrydowy (SFD oraz Cyfrowy)), Flexavision z zestawem SF (system kasetowy SFD) oraz Flexavision z zestawem FD (system w pełni cyfrowy), zaś na stronie 11 (str. 45 oferty) wskazano, że dla wszystkich trzech zestawów, tj. SF, HB i FD przechylenie stołu wynosi „od +90 do - 30 stopni”, monitor LCD dla wszystkich zestawów ma przekątną 17”; przewidziano także dla zestawu SF do wyboru przekątną monitora 14”, ale nie dla monitora LCD, ale dla monitora CRT,
- dwustronicowy folder dotyczący lampy RTG CIRCLEX 0.6/1.2P324DK-85 (str. 47 – 48 oferty),
- dwustronicowy folder dotyczący podnoszonego stołu do radiografii BK-120MK (str. 49 - 50 oferty), w którym na stronie 2 (str. 50 oferty) wskazano, że akceptowane wielkości kaset to od 18 x 24 cm do 35 x 43 cm w kierunku pionowym i poziomym,
- dwustronicowy folder dotyczący stojaka płucnego BR-120M (str. 51 – 52 oferty), w którym na stronie 2 (str. 52 oferty) wskazano, że dostępne wielkości kaset to od 18 x 24 cm do 35 x 43 cm w kierunku pionowym i poziomym”,
- czterostronicowy folder dotyczący zawieszenia sufitowego lampy RTG CH-200M (str. 53 – 56 oferty).

W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą oceny oferowanego przez wykonawcę sprzętu może być wyłącznie treść złożonej przez wykonawcę oferty, będącej odpowiedzią na konkretne wymogi zamawiającego postawione w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Parametry zaoferowane przez Shim – Med Polska Sp. z o.o. w zakresie pochyłości stołu uniwersalnej ścianki RTG oraz w zakresie formatu kaset uniwersalnej ścianki RTG są odpowiednio

tożsame lub zgodne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w treści SIWZ, co wprost wynika z przywołanych powyżej fragmentów oferty tego wykonawcy i załączników do niej (Załącznik nr 3 - tabela, Szczegółowa charakterystyka oferowanego sprzętu, załączone foldery).

W sytuacji zatem całkowitej tożsamości / zgodności wymogów żądanych i zaoferowanych brak jest podstaw do uznania, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym brak jest podstaw do odrzucania oferty tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, przedłożony przez odwołującego na rozprawie fragment folderu odnoszący się do systemu Flexavision, a pochodzący ze strony producenta, przetłumaczony przez tłumacza przysięgłego, nie może stanowić podstawy do uznania, że wykonawca Shim – Med Polska Sp. z o.o. zaoferował urządzenie o nie występujących w ofercie producenta SCHIMADZU parametrach. Skład orzekający Izby stoi bowiem na stanowisku, że brak podstaw, aby przyjąć, że strona internetowa producenta odzwierciedla w pełni dane o produkowanych urządzeniach, a nadto, że są to dane najbardziej aktualne; sam więc fakt, że brak jest na stronie internetowej produktu o określonych cechach nie oznacza, że taki produkt nie jest produkowany przez tego producenta i nie jest dostępny dla firm oferujących urządzenia tego producenta.

Odnosnie przekątnej monitora obrazowego LCD przewidzianego dla toru wizyjnego skład orzekający Izby stwierdził, iż wykonawca Shim – Med Polska Sp. z o.o. zaoferował monitor o przekątnej 17”.

Po pierwsze, wykonawca w części VIII pkt 8 Załącznika nr 3 w tabeli (str. 9 oferty) potwierdził, że oferuje monitor o przekątnej min. 17”.

Po drugie, na potwierdzenie, że oferowany monitor odpowiada wymaganiu określonymu w tym zakresie w SIWZ wykonawca załączył do oferty folder, w którym na stronie 11 (str. 45 oferty) podano informację, że we wszystkich zestawach (SF, HB i FD) przewidziano monitor 17”. Nie sposób uznać, że z treści foldera wynika możliwość zaoferowania któregośkolwiek z tych zestawów z innym niż 17” monitorem LCD, ponieważ monitor z przekątną 14”- na co zwracał uwagę odwołujący, nie dotyczy w ogóle monitora LCD, ale monitora CRT. Podkreślić należy, że wykonawca Shim – Med Polska Sp. z o.o. potwierdził w swojej ofercie w załączniku nr 3 nie tylko wielkość oferowanego monitora, tj. min. 17”, ale także rodzaj tego monitora, tj. monitor LCD.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że w ocenie Izby błędna jest także teza odwołującego, że przedstawiony w ramach wyjaśnień Shim - Med Polska Sp. z o. o. z dnia 18.05.2009 r. folder odnosi się do innego urządzenia niż zaoferowany. Wykonawca zaoferował urządzenie zgodne z parametrami wymaganymi w SIWZ. W obu przypadkach mowa jest o produkcie Flexavision. Przywołane przez odwołującego na rozprawie strony złożonej przez Shim – Med Polska Sp. z o.o. oferty nie potwierdzają stanowiska odwołującego. Tak bowiem certyfikat, jak i dopuszczenie do obrotu odnosi się do całego produktu (zestawu) Flexavision, co jest zgodne

z odpowiednim postanowieniem SIWZ. Natomiast żądany folder, zgodnie z postanowieniami SIWZ miał potwierdzać wymagane parametry. Nadto za gołosłowne skład orzekający Izby uznał twierdzenie odwołującego, iżby jedynym elementem urządzenia, który można zmieniać bez konieczności ponownej certyfikacji jest wzmacniacz obrazu.

W ocenie składu orzekającego Izby w sytuacji, gdy wykonawca potwierdza zaoferowanie monitora LCD o przekątnej nie mniejszej niż 17" i załącza do oferty folder potwierdzający, że dane urządzenie jest wyposażane w monitor LCD 17", należy uznać, że wykonawca zaoferował urządzenie z monitorem LCD 17".

Fakt, że w Szczegółowej charakterystyce oferowanego sprzętu widnieje parametr monitora – przekątna 21" (str. 23 oferty) nie oznacza w tym przypadku, że zaoferowanie takiego właśnie monitora było wolą wykonawcy.

Chociaż folder nie jest oświadczeniem woli, to fakt jego zamieszczenia w ofercie, w sytuacji, gdy rola takiego foldera w postanowieniach SIWZ została wyraźnie określona (potwierdzenie wymogu) świadczy o woli wykonawcy Shim – Med Polska Sp. z o.o. wykazania, poprzez ten właśnie folder, cechy oferowanego monitora, w tym przypadku monitora LCD 17". Ofertę wykonawcy należy odczytywać w sposób całościowy, stosując przepis art. 65 kodeksu cywilnego, to zaś pozwala w ocenie składu orzekającego przyjąć, że wykonawca zaoferował monitor LCD o przekątnej 17".

Ewentualną wątpliwość zamawiający mógł także wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca potwierdził z własnej inicjatywy w piśmie do zamawiającego z dnia 18.05.2009 r., (choć na etapie po wniesieniu protestu), że zaoferował urządzenia z monitorem LCD 17", zaś omyłkowe wpisanie wartości 21" wiąże się z faktem oferowania monitorów z przekątną 21" w standardzie dla innych typów aparatów rentgenowskich.

Przyjęcie założenia, że wbrew żądaniu zamawiającego wykonawca w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena chciałby zaoferować droższy monitor o większej przekątnej, tj. 21" cali jest w ocenie składu orzekającego Izby sprzeczne z logiką i celem, jakiemu służy złożenie oferty, tj. uzyskania zamówienia.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp i na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie ze względu na fakt, iż pełnomocnik zamawiającego nie przedłożył żadnego rachunku, który mógłby stanowić podstawę zaliczenia kosztów 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 z późn. zm.) skład orzekający Izby nie uznał kosztów tego wynagrodzenia.

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 w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....