

Sygn. akt: KIO 1749/16

POSTANOWIENIE
z dnia 4 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 4 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2016r. przez **wykonawcę Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przyjaźni 52/1U**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej REPTY Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. Gen. Jerzego Ziętka z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Śniadeckiego 1**

przy udziale **wykonawcy Konkret D. F., M. M. spółka jawna z siedzibą w Chełmnie, ul. Dworcowa 15a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1749/16 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przyjaźni 52/1U** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejsze

postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę łóżek elektrycznych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 lipca 2016r. za numerem 2016/S 136-245798.

W dniu 9 września 2016r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konkret D. F., M. M. spółka jawna z siedzibą w Chełmnie, ul. Dworcowa 15a, a wykonawca Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przyjaźni 52/1U został sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert.

W dniu 19 września 2016r. odwołanie wniósł wykonawca Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przyjaźni 52/1U. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej, zgodnie z odpisami z KRS dla komplementariusza i spółki komandytowej załączonymi do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 września 2016r.

Odwołujący wniósł odwołanie na dokonanie wyboru i nie wykluczenie oraz nie odrzucenie oferty przystępującego, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą, a zatem powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ i ustawie a ponadto przystępujący powinien zostać wykluczony z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania a jego oferta odrzucona.

Odwołujący wskazał na naruszenie jego interesu prawnego przez wybór i nie odrzucenie oferty sprzecznej z ustawą i SIWZ co w związku z nieuzyskaniem zamówienia spowoduje szkodę po stronie odwołującego. Podkreślił, że jego oferta jest druga co oznacza, że w razie odrzucenia oferty przystępującego odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy) przez nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ
- art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustępow 1 ustawy przez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców,
- art. 87 ust. 1 ustawy przez prowadzenie negocjacji z wykonawcą,

- art. 30 ust. 5. ustawy przez przyjęcie, że Konkret wykazał, że oferowane przez niego dostawy są rozwiązaniami równoważnymi,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez nie wykluczenie przystępującego a następnie nie odrzucenie jego oferty z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

- art. 26 ust. 3 ustawy przez nie wezwanie przystępujący do uzupełnienia dokumentów. Wniósł o uwzględnienie odwołania mając na uwadze, że naruszenie przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania i o nakazanie zamawiającemu :

- unieważnienia wyboru oferty z dnia 09.09.2016r.

- powtórzenia czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

- odrzucenie oferty przystępującego, która jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ i ustawie, względnie w razie nie wezwania o uzupełnienie dokumentów o ich wezwanie w trybie art. 26 ust.3 .

- wyboru oferty odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i najkorzystniejszej oferty spośród nie odrzuconych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.

Oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, że w rozdziale III siwz str. 2 zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty równoważnej, przy zachowaniu norm, parametrów i standardów, jakimi charakteryzuje się opisany przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ przedmiot zamówienia. Pod pojęciem produktu równoważnego zamawiający rozumiał to, że zaoferowane przez wykonawcę sprzęty muszą posiadać co najmniej te same cechy, co wzorcowe i parametry techniczne na poziomie, co najmniej takim jak wzorcowe, które są wymienione w Załączniku nr 1 do SIWZ. Przy zaoferowaniu sprzętu innego niż wzorcowy wykonawca musiał wykazać szczegółowo, że zaoferowany przez niego przedmiot dostawy spełnia wymagania i parametry techniczne określone w Załączniku nr 1 do SIWZ, bądź też przewiduje rozwiązania lepsze niż opisywane.

Jednocześnie w załączniku nr 1 Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia str. 17 zamawiający zażądał: Leże łóżka 3 lub 4 - sekcyjne o nowoczesnej konstrukcji opartej na dwóch szczelnych kolumnach cylindrycznych lub rozwiązanie równoważne - nie pantograf.

Przystępujący w swojej ofercie zaoferował rozwiązanie równoważne - oparte na nowoczesnej konstrukcji w postaci dwóch ramion wznoszących.

Odwołujący biorąc pod uwagę zapisy SIWZ uznał, że zaoferowane rozwiązanie równoważne nie może być pantografem oraz musi posiadać te same cechy co parametry wzorcowe oraz parametry techniczne na poziomie co najmniej takim jak wzorcowe.

Natomiast oferta przystępującego tego nie spełnia, gdyż łóżko producenta Linet model Eleganza 1 w zakresie wymogu:

- konstrukcja oparta na dwóch szczelnych kolumnach cylindrycznych – zdaniem odwołującego nie spełnia,
- rozwiązanie równoważne - nie pantograf, zdaniem odwołującego przystępujący zaoferował pantograf dotyczy konstrukcji dźwigniowej - ponieważ Eleganza 1 posiada konstrukcje dźwigniowe to warunku nie spełnia
- szczelność- według odwołującego na zdjęciu ofertowym widać nieosłonięte tłoczysko które zawsze jest zwilżone olejem - nie jest szczelne, co nie spełnia warunku
- czystość – nie spełnia tego wymogu z przyczyn podanych dla szczelności
- obsługa – czyszczenie – zdaniem odwołującego nie spełnia ze względu na dużą ilość dźwigni i węzłów kinematycznych utrzymanie czystości utrudnione
- niezawodność konstrukcji – według odwołującego nie spełnia ze względu na dużą ilość dźwigni i połączeń obrotowych istnieje prawdopodobieństwo częstych awarii
- bezpieczeństwo pacjenta i obsługi – według odwołującego występuje ryzyko wystąpienia efektu „nożyc”: zakleszczeń lub przecięcia części ciała.

Zdaniem odwołującego wskazane cechy rozwiązania przedstawione przez przystępującego jednoznacznie dyskwalifikują to rozwiązanie jako równoważne. Wyżej wymienione wady rozwiązania przyjętego przez przystępującego zostały potwierdzone opinią biegłego rzeczoznawcy i biegłego sądowego z zakresu mechaniki, którą odwołujący załączył do odwołania.

Podkreślił, że wskazaną niezgodność można jednoznacznie stwierdzić na podstawie zdjęć łóżek - co zostało wykazane w przedmiotowej opinii. Łóżka zaproponowane przez przystępującego mają rozwiązania polegające na pantografie tj. na rozwiązania mechanizmu dźwigowego, co zgodnie z definicją PWN (pantograf - mechanizm dźwigowy) - nie zostało przez zamawiającego dopuszczone. Inna nazwa nie zmienia charakteru tego rozwiązania. Rozwiązanie pantografowe, które zaoferował przystępujący jest również stosowane przez wielu innych producentów łóżek. Jako dowód odwołujący powołał ulotki producentów firmy Rehabed ze strony producenta:<http://rehabed.pl/p/lozka-rehabilitacvine/produkt/148/nowosc-lozko-rehabilitacvine-leo> i firmy Klaromed <http://klaromed.pl/prezentacie/wvprzedaz/lozko-na-pantoarafier-basic.pdf>.

Zgodnie z ofertą przystępującego posiada on równoważne rozwiązanie w swojej ofercie (model łóżka eleganza 2 lub eleganza smart). Jest to jednak droższe rozwiązanie. Odwołujący podkreślił, że w swojej ofercie posiada również rozwiązanie ramion wznoszących (co zaproponował przystępujący w modelu eleganza 1), które to rozwiązanie przy podobnym standardzie łóżka jest znacznie tańsze i po prostu gorsze. Model Geneo spowodowałby, że oferta odwołującego byłaby tańsza o 300 000 zł i wyniosłaby około 1 200

000 zł brutto. Przyjęcie przez zamawiającego oferty gorszej niż wymagana przez SIWZ, narusza zasady uczciwej konkurencji a przy tym powoduje, że de facto przy dłuższym użytkowaniu tańsze rozwiązanie jest droższe w obsłudze z uwagi na ich awaryjność.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą oferta równoważna powinna mieć cechy funkcjonalne takie same do tych wymaganych w SIWZ - w niniejszej sytuacji rozwiązanie w urzędzeniu jest całkowicie inne. Odwołujący wskazał, że zamiast łożka podnoszonego na cylindrach przystępujący zastosował podnoszenie łożka na pomocą dźwigni.

Co do rozkładu ciężaru dowodowego przy wykazywaniu produktu równoważnego oraz definicji pojęcia równoważne odwołujący wskazał wyrok Izby z dnia 23 kwietnia 2015r. sygn. akt Kio 709/15, wyrok Izby z dnia 2 października 2012r. sygn. akt KIO 2028/12, wyrok Izby z dnia 5 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2734/11

Ponadto odwołujący podkreślił, że przystępujący nie miał jako załącznika tabeli elementów równoważnych i do dnia 26.09.2016r. nie uzupełnił tej oferty o przedmiotowe załączniki do godziny 11. Według najlepszej wiedzy odwołującego na dzień 26.09.2016r. przystępujący nie uzupełnił swojej oferty o wyjaśnienie, że jego rozwiązanie równoważne spełnia warunki SIWZ. Brak takiej informacji stanowi o niezgodności oferty z ustawą oraz SIWZ.

Jednocześnie w ocenie odwołującego przystępujący podał nieprawdziwie informacje wskazujące, że podane rozwiązanie jest równoważne wobec żądanego przez zamawiającego, zwłaszcza, że w swojej ofercie posiada rozwiązania spełniające wymogi zamawiającego. W świetle powyższych argumentów odwołujący uważa, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ zgodnie z ustawą.

W dniu 20 września 2016r. odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy.

W dniu 19 września 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 września 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawcy Konkret D. F., M. M. spółka jawna z siedzibą w Chełmnie, ul. Dworcowa 15a, wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a ewentualne uwzględnienie odwołania może prowadzić do unieważnienia wyboru oferty przystępującego. Zgłoszenie zostało podpisane przez współnika upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 20 września 2016r.

W dniu 23 września 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że w uwzględnia w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

W dniu 26 września 2016r. Izba wezwała zgłaszającego przystąpienie do złożenia oświadczenia co do wniesienia sprzeciwu.

W dniu 29 września 2016r. przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: