

Sygn. akt: KIO 2085/14

WYROK

z dnia 23 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2014 r. przez Odwołującego **PRO VITA Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Strzelcach Opolskich**, ul. Parafialna 1, 47-100 Strzelce Opolskie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie**, ul. Prądnicka 35-37, 31-202 Kraków

przy udziale

wykonawcy **Labo Clinic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Olsztynie**, ul. Dworcowa 41A/2, 10-437 Olsztyn zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 762 zł 00 gr. (słownie: siedemset sześćdziesiąt dwa złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie na *zakup sprzętu i aparatury medycznej dla potrzeb Oddziału Otolaryngologii, Oddziału Urazowo-Ortopedycznego i Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii*, wobec czynności oceny oferty złożonej w pakiecie 1 (to wizyjny do operacji endoskopowych z nosofiberoskopem) przez wykonawcę PRO VITA Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Strzelcach Opolskich i odrzuconej przez Zamawiającego, wykonawca ten (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 8 października 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2085/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 10.09.2014 r., poz. 192877.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 1 ustawy poprzez nie zażądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- art. 89 ust. 1 ustawy poprzez uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z treścią siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 03.10.2014 r. odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty i nakazanie Zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący odniósł się do podstawy wskazanej przez Zamawiającego uznania oferty za niezgodną z treścią siwz, co doprowadziło do unieważnienia postępowania w pakiecie 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający zarzucił niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 2A pkt 52 i 53, dotyczącymi optyki typu HOPKINS II z systemem soczewek wałeczkowatych, 45 st i 70 st., średnica 4 mm dł. 175-180mm, autoklawowalna., argumentując tym, że oferowane przez Odwołującego optyki są optykami szerokokątnymi.

Odwołujący wskazując na opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego w załączniku nr 2A do siwz i opisane parametry optyki, które spełniają rozwiązania zaoferowane przez Odwołującego, co potwierdzają załączone do oferty dokumenty.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż zaoferowany Nasofiberoskop spełnia wymaganą długość roboczą 30 cm, chociaż z folderów reklamowych producenta wynika długość 40 cm. Odwołujący potwierdził parametr oczekiwany przez Zamawiającego oświadczeniem producenta, w którym stwierdził możliwość wykonania i zaoferowania również urządzenia o tym samym numerze katalogowym z długością roboczą 30 cm. Zamawiający dopuścił ten sposób potwierdzenia parametrów urządzenia, jeżeli w materiałach firmowych informacje nie potwierdzają jakiegoś parametru.

Pomimo wątpliwości Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień aby dokonać właściwej interpretacji treści oferty, do czego był zobowiązany przy powziętym zamiarze odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający w dniu 9 października 2014 r. przekazał faksem, e-mailem i listownie wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 13.10.2014 r. do Izby wpłynęło przystąpienie wykonawcy Labo Clinic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Olsztynie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z dnia 20 października 2014 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający uznał, iż nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w sytuacji, kiedy treść dokumentów nie budziła jego wątpliwości co do ustalenia długości roboczej nasofiberoskopu. Zapisy siwz, na które powołał się Odwołujący dotyczące możliwości przedłożenia oświadczenia producenta (pkt 7.5.5, str. 7 siwz) znajdowały zastosowanie tylko w sytuacji, w której w folderach (materiałach firmowych) brak jest jakiegokolwiek informacji na temat danego parametru. Oświadczenie producenta miało zatem pełnić funkcję zastępczą. W ocenie Zamawiającego, w sytuacji kiedy z załączonego do oferty folderu producenta wynika długość oferowanego urządzenia, żądanie złożenia wyjaśnień było zbędne, a ewentualne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę byłyby w istocie zmianą treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy. Ponadto Zamawiający odniósł się do treści oświadczenia producenta, z którego wynika jedynie, że producent (LUT GmbH) posiada w swoim asortymencie produkty, które cechują się wskazanymi w ww. dokumencie cechami i nie potwierdza, że zaoferowane urządzenie o podanym numerze katalogowym 31.0055s posiada długość roboczą 30 cm. Zamawiający

zastrzegł w siwz, iż niedopuszczalne będzie złożenie oferty „na zamówienie” (załącznik nr 2A do siwz, - pakiet 1 na str. 5 zdanie 6 i 7 pod tabelą).

Odnośnie drugiej podstawy faktycznej uznania oferty za niezgodną z treścią siwz, tj. zaofierowania optyki szerokokątnej, Zamawiający zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia mającej wynikać z braku wskazania wprost na niedopuszczalność zaofierowania urządzenia z dodatkową funkcją szerokiego kąta patrzenia. W ocenie Zamawiającego brak stosownego dookreślenia w opisie przedmiotu zamówienia nie uprawniał Odwołującego do zaofierowania urządzenia wyposażonego w tą funkcję bez uprzedniego zwrócenia się do Zamawiającego przed terminem otwarcia ofert z zapytaniem, co umożliwiłoby Zamawiającemu dokonanie ewentualnej zmiany zapisów siwz. Zamawiający celowo w części pozycji nie wskazał na funkcję szerokokątności, której wymagał np. w pozycji 50 i 51 Załącznika nr 2A, nie będąc nią zainteresowanym. Zamawiający podnosił, iż dodatkowa funkcja szerokokątności nie jest ulepszeniem urządzenia nieposiadającego tego parametru. Zamawiający wyspecyfikował optyki zarówno szerokokątne jak i bez tej funkcji. Przy stałej rozdzielczości kamery podłączonej do optyki i stałej odległości optyki od obserwowanego obiektu, obraz pochodzący z optyki szerokokątnej obejmuje większą część obiektu, zmniejszając jednocześnie szczegółowość obrazu. Z kolei w przypadku stosowania urządzenia bez tej funkcji, obraz co prawda obejmuje mniejszą część obiektu, jednakże ilość szczegółów wzrasta. Tak więc w zależności od chęci uzyskania danego efektu, stosowana jest optyka szerokokątna albo optyka nieposiadająca tej funkcji i w żadnym razie nie można mówić o przewadze któregośkolwiek z tych urządzeń nad drugim.

Stanowisko Izby

Motywy ustne:

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści oferty Odwołującego, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentów przedłożonych na rozprawie oraz stanowisk stron Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do uchylecia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z

postępowania, ustalenie, iż zamawiający dokonał wadliwej oceny treści oferty z wymaganiami określonymi w siwz, uzasadniało przyznanie Odwołującemu legitymacji do wniesienia odwołania w celu uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia, w konsekwencji przywrócenia jego oferty do oceny w tym postępowaniu. Powyższe wskazuje na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także możliwość powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

Zarzuty Odwołującego, w związku z ograniczonym zakresem możliwych do zaskarżenia czynności Zamawiającego (w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy), sprowadzały się do kwestionowania prawidłowości decyzji o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, iż zaoferował on optykę szerokokątną dla pakietu nr 1 (poz. 52 i 53) oraz urządzenie nasofiberoskopu o długości 40 cm (poz. 61). Odnosnie opisu optyki zachodził w sprawie spór co do treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ustalenia, czy zaoferowana optyka szerokokątna jest zgodna z tym opisem, natomiast w odniesieniu do drugiej z przyczyn odrzucenia oferty, strony różniły się w ocenie treści oferty Odwołującego i ustaleniu faktycznie zaoferowanego urządzenia.

Zamawiający w załączniku nr 2A do siwz określił wymagania co do oferowanego przedmiotu zamówienia, w tym optyki typu HOPKINS II (poz. 52 i 53). W opisie przedmiotu zamówienia nie ma wskazania na właściwość soczewek *szerekokątna*. Wskazanie takie występuje natomiast w opisie pozycji 50 i 51. Na rozprawie Zamawiający wyjaśniał, iż celowo nie wskazał funkcji szerokiego kąta patrzenia w pozycjach 52 i 53 przedmiotu zamówienia, gdyż wpływa ona na sposób widzenia obiektu (obejmuje większą część obiektu, zmniejszając jednocześnie szczegółowość obrazu), a tym samym na pracę operatora, mogąc doprowadzić do błędów spowodowanych zafałszowaniem poczucia odległości. Zamawiający celowo wskazał część optyki jako pozbawionej funkcji szerokokątności z uwagi na przeznaczenie do badania obszarów i zbiegów, w których łatwo można wyrządzić krzywdę pacjentowi (np. zabiegów zatok czołowych).

Odwołujący zaoferował optykę szerokokątną w pozycjach 52 i 53, na co wskazywały numery katalogowe podane w tabeli na stronie 7 oferty (21.00008a i 21.00101a) oraz załączone do oferty karty katalogowe (str. 107 oferty), zawierające opis *wide angle*.

Odnośnie nasofiberoskopu, Zamawiający w załączniku nr 2A do siwz, w pozycji 61 określił wymaganą długość 30 cm. W celu potwierdzenia spełnienia wymaganych parametrów przez oferowane urządzenie wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć między innymi *foldery (materiały firmowe) – potwierdzające spełnienie przez oferowane produkty parametrów wymaganych i określonych przez zamawiającego. Jeżeli materiały firmowe nie potwierdzają jakiegoś parametru wykonawca może dołączyć oświadczenie producenta oferowanego produktu, w którym znajduje się informacja, że oferowany produkt posiada dany parametr. (warunek przedmiotowy)* (pkt 7.4 siwz, str. 6). Zamawiający w pkt 7.5.5 siwz powtórzył zapis dopuszczający przedłożenia oświadczenia producenta oferowanego produktu o tym, że oferowany produkt posiada dany parametr. Zamawiający w załączniku nr 2A do siwz – pakiet 1, str. 5 pod tabelą zastrzegł, iż nie dopuszcza ofert, w których wykonawca proponuje spełnienie warunków siwz „na zamówienie”.

Odwołujący w ofercie zaferował urządzenie o numerze katalogowym 31.0055s, którego długość w folderze załączonym do oferty na stronie 112 wskazuje na wartość 400 mm. Odwołujący wskazywał na oświadczenie producenta załączone na stronach 101 i 102 oferty, z którego miało wynikać potwierdzenie, iż zaferowane urządzenie o podanym numerze katalogowym będzie miało długość 30 cm.

W oparciu o okoliczności faktyczne ustalone na podstawie przedłożonych dokumentów Izba uznała, że czynność Zamawiającego – odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz, znajdowała uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba uznała, że zaferowane w pakiecie nr 1 urządzenia do optyki laryngoskopowej – optyka typu HOPKINS II (poz. 52 i 53) są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia zawartym przez Zamawiającego w załączniku nr 2A do siwz. Odwołujący zaferował optykę z soczewką szerokokątną, której Zamawiający nie wymagał. Nie przekonała argumentacja Odwołującego o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia oparta na założeniu, iż Zamawiający powinien w opisie wyraźnie zaznaczyć, iż nie oczekuje funkcji szerokokątności. Trudno zgodzić się z takim oczekiwaniem, tym bardziej iż nie było ono zgłaszane Zamawiającemu na etapie wyjaśniania zapisów specyfikacji. Przyjęcie jak oczekiwał tego Odwołujące, iż dopuszczalne było zaferowanie urządzeń, które posiadałyby jakieś inne od wskazanych przez Zamawiającego funkcje nie daje się pogodzić z zasadami logiki, jakimi kierował się Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia. W skrajnej sytuacji Zamawiający zmuszony byłby bowiem do wymieniaania wszystkich znanych mu cech urządzeń dostępnych na rynku, których nie chce otrzymać. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zobowiązany jest wskazać jednoznacznie jakie są jego oczekiwania uwzględniające specyfikę urządzeń, co uczynił w tym postępowaniu określając istotne parametry, tj. *system soczewek wałeczkowatych, 45 st. (70 st.- poz. 53), średnica 4 mm dł.*

175-180 mm, autoklaw owalna – 1 szt. Szeroki kąt patrzenia jest istotną funkcją optyki, której nie można domniemać z opisu przedmiotu zamówienia, którego analiza wskazuje, iż tam gdzie Zamawiający oczekiwał opcji dodatkowej szerokokątności, wyraźnie to zaznaczył, jak miało to miejsce w pozycjach 50 i 51. Nie można uznać, iż Odwołujący zaoferował urządzenie lepsze od wymaganego ponieważ zaopatrzone w dodatkową funkcję. Parametr szerokokątności wskazuje na odmienny sposób obrazowania mogący utrudniać operatorowi pracę przez zmniejszenie ilości szczegółów. Jest ono zatem innym od opisanego w siwz przedmiotu zamówienia. Zamawiający celowo określił część optyki jako nie-szerokokątnej, co nie powinno budzić jakichkolwiek zastrzeżeń na obecnym etapie postępowania. Zapisy siwz w tym przedmiocie były, w ocenie Izby, jednoznaczne i nie dawały podstawy do uznania optyki szerokokątnej za zgodną z opisem wymagań Zamawiającego.

Również druga z podstaw faktycznych decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynikająca z długości roboczej Nasofiberoskopu, znalazła potwierdzenie w treści oferty Odwołującego. Izba uznała, iż oświadczenie producenta załączone do oferty obok materiałów reklamowych (folderu) nie potwierdzało parametru wymagany przez Zamawiającego, tj. długości roboczej 30 cm dla zaoferowanego urządzenia. Z oferty Odwołującego wynika, że w pozycji 61 pakietu nr 1 zaoferował urządzenie oznaczone numerem katalogowym 31.0055s, którego parametry zostały opisane w załączonej do oferty karcie katalogowej, min. przez wskazanie długości 40 cm. Oprócz folderu w ofercie złożone zostało oświadczenie producenta, które w ocenie Izby nie dostarczało informacji o zaoferowanej produkcie. Ponieważ w oświadczeniu producenta brak jest danych pozwalających na odniesienie jego treści do tego konkretnego urządzenia, a jednocześnie producent oferuje grupę produktów, w której występują urządzenia o wymaganej długości roboczej (30 cm.), ale nie zaoferowane przez Odwołującego, oświadczenie to nie było wystarczające dla odmiennej oceny treści oferty. Zamawiający nie mógł w oparciu o to oświadczenie ustalić, iż możliwe jest dostarczenie urządzenia o numerze katalogowym 31.0055s z długością roboczą 30 cm. Wobec powyższego oferta prawidłowo została oceniona jako niezgodna z treścią siwz, a w konsekwencji odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanego urządzenia, które w ocenie Izby nie było konieczne w tych okolicznościach sprawy, nie mogłoby prowadzić do zmiany treści oferty. W świetle treści przywołanych dokumentów (oświadczenia producenta oraz karty katalogowej) wynika, iż każdy z oferowanych produktów różniący się parametrami określony jest odrębnym numerem katalogowym, co jest powszechnie znane. Trudno było zatem uznać wyjaśnienia za konieczne, jeżeli z materiału producenta wynika jednoznacznie długość urządzenia o wskazanym numerze katalogowym.

W związku z powyższym, zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy w świetle poczynionych powyżej ustaleń faktycznych nie znalazły potwierdzenia, co prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 3, § 5 ust. 4 [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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 7,5 tyś zł. oraz koszty dojazdu pełnomocników Zamawiającego na rozprawę stwierdzone przedłożonymi biletami i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: