

Sygn. akt: KIO 225/14

WYROK
z dnia 24 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**
Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lutego 2014 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2014 r. przez **Odwołującego** – Konsorcjum: Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zespół Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu, ul. Wysokie Brzegi 4, 32-600 Oświęcim,

przy udziale **Wykonawcy** – Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Konsorcjum: Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Konsorcjum: Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - Konsorcjum: Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Zespół Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu, ul. Wysokie Brzegi 4, 32-600 Oświęcim, kwotę **3.727 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu jego dojazdu na rozprawę.

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

Zespół Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu ul. Wysokie Brzegi 4, 32 - 600 Oświęcim, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę tomografu komputerowego, numer postępowania: ZOZ/DZP/271/4/XI/2013.

Zamawiający wszczął postępowanie ogłoszeniem o zamówieniu, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 grudnia 2013 r. nr 407453- 2013-PL.

W dniu 29 stycznia 2014 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Siemens - oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Philips Polska Sp. z o.o. 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o zwany dalej „odwołującym”, od takiej czynności zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu iż naruszył przepisy Pzp, gdyż bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, a w szczególności:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, podczas gdy oferta ta jest w całości zgodna z SIWZ, nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu, zaś zamawiający stwierdzając rzekomą niezgodność tej oferty z SIWZ bezzasadnie odwołał się do wymagań, które nie znalazły odzwierciedlenia w SIWZ

2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum Siemens Sp. z o.o. i Siemens Finance Sp. z o.o. (dalej jako: „Siemens”), jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu, mimo że to oferta odwołującego była ofertą korzystniejszą biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert w Postępowaniu

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej;
3. dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Philips.

Uzasadniając podniesione zarzuty stwierdził iż jednym z wymaganych parametrów tomografu komputerowego, określonych przez zamawiającego w SIWZ (poz. 15 w formularzu cenowym) jest wartość napięcia anodowego, a zamawiający w następujący sposób sformułował wymóg w tym zakresie:

„Zakres napięć anody, możliwych do zastosowania w protokołach badań [kVJ; > 80-130, podać ze skokiem”

Kluczową informacją wymaganą od oferentów, przy takim brzmieniu SIWZ było podanie zakresu działania tomografu, czyli rozpiętości wartości liczbowych od najniższej dopuszczalnej do najwyższej dopuszczalnej. Zakres ten opisano matematycznym znakiem : „ \geq większe lub równe” oraz wartościami liczbowymi po tym znaku: 80 do 130 kV.

Odwołujący podał, że zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego PWN, przez „zakres” należy rozumieć:

- a) granice zasięgu jakiegoś zjawiska, działania, faktu; też: dziedzina, sfera objęta tymi granicami
- b) granice, w których zmienia się dana wielkość matematyczna lub fizyczna
- c) zbiór wszystkich desygnatów nazwy

Philips wypełnił formularz cenowy, wpisując w rubryce przewidzianej dla zakresu napięcia anodowego: „zakres 50 kV (90,120,140 kV)”. Zakres w przypadku wymogów SIWZ, sprowadzał się do przedstawienia możliwej różnicy (sfery objętej granicami) napięcia anody (pomiędzy napięciem minimalnym a maksymalnym), w oferowanym urządzeniu.

Zamawiający w opisie tego parametru gdyby nie użył matematycznego znaku „s” można by przyjąć, że wymaga, aby oferowane urządzenia wykazały się różnicą napięcia w ściśle określonym, zamkniętym przedziale od 80 do 130 kV, co wykluczałoby wartości poniżej 80 i powyżej 130. Jednakże użycie znaku „+równy>” nakazuje wg. odwołującego odczytywać ten parametr jako napięcie anodowe o rozpiętości 50 kV, którego dolna granica musi być większa lub równa 80 kV, a górna granica większa lub równa 130 kV.

Zgodnie z SIWZ jest zatem dopuszczalne, aby oferowane urządzenie posiadało napięcie anodowe o zakresie 50 kV i wartościach dolnej: 90 kV (liczba większa niż minimalne 80 kV) oraz górnej: 140 kV (liczba większa niż minimalne 130 kV). Takie wartości przedstawione były w ofercie Odwołującego, co sprawia, że ta oferta jest zgodna z SIWZ.

Dodatkowo podał, że zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego wskazuje, iż w odpowiedzi na pytanie do SIWZ dotyczące opisywanej kwestii, wyjaśnił że zakres napięcia w przedziale 100 - 130 kV nie spełnia jego wymagań. Powoływanie się na tę odpowiedź jest jednak całkowicie nietrafne i nie ma jakiegokolwiek przełożenia na ocenę oferty Philips. W przypadku podanym przez zamawiającego zakres napięcia wynosi bowiem 30 kV, a nie wymagane 50 kV i w takim przypadku w istocie oferta byłaby niezgodna z SIWZ. Stwierdził, że te twierdzenia Zamawiającego nie mają żadnego znaczenia w kontekście oceny oferty Philips, która zawiera wymagany przez zamawiającego zakres napięcia 50 kV, uzyskany przy wartościach progowych 90-140kV, co odpowiada zakresowi napięcia >80-130 kV.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że przed odrzuceniem oferty wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty (wezwaniami z dnia 24.01.2014 r.) poprzez wskazanie zakresu napięć anody, możliwego do zastosowania w protokołach badań (kV)

wraz z potwierdzeniem podanych skoków.

W odpowiedzi, odwołujący pismem z dnia 24.01.2014 r. oznajmił, że zaoferował zakres napięć anody wynoszący 50 kV, wynikający z różnicy między wartością końcową, a wartością początkową.

Podał także wartość skoków wskazując, że początkowa (w przypadku tomografu Philips) wynosi 90 kV, a wartość końcowa 140 kV. Na skutek takiej odpowiedzi ze strony odwołującego, w sytuacji gdy wartość napięć anody będącej w zainteresowaniu zamawiającego wynosiła 80 lub mniejsza (początkowa) do 130 lub większa (kończąca) zamawiający nie uwzględnił oferty Philips.

Podniósł iż niezasadne jest stanowisko odwołującego, że zapis wartości napięcia anodowego jest zapisem stricte matematycznym. W rozumowaniu firmy Philips taka sytuacja przemawia za twierdzeniem jakoby wartość jego tomografu wynosząca [kV]; $\geq 90-140$, odpowiadała wymogom wskazanym w SIWZ.

Dowodził, że w zgodzie z tym założeniem znak \geq odnosi się oddzielnie do liczby 80 i oddzielnie liczby 130. Zdaniem zamawiającego nie można bowiem dzielić tego zapisu w wyżej wskazany sposób. Znak \geq odnosi się do całego zakresu „80-130” rozumianego jako niepodzielny zbiór. Dana wartość może być więc większa od 130 lecz nie mniejsza, a także mniejsza niż 80, ale nie większa. Irracjonalność twierdzenia odwołującego przejawia się w prostym założeniu, że przyjmując je za prawdziwe trzeba by było uznać za odpowiedni każdy tomograf, który posiada wartości napięcia anodowego utrzymując odpowiednią między nimi różnicę w wysokości 50 kV. Pozbawiałoby to faktycznej kontroli nad parametrami tomografu przy zamówieniu. Zaznaczył, że dolna wartość 80 kV pozwala na prześwietlanie małych fragmentów ciała np. nadgarstka lub barku, a także pozwala na bezpieczne wykonanie tomografii u dzieci. Teza ta potwierdzona została w wyroku KIO z 23 marca 2012 r. (sygn. KIO 464/12), gdzie zamawiający wykazywał, że korzystniejszym jest zastosowanie aparatu na poziomie ≥ 80 kV, gdyż promieniowanie przy mniejszym napięciu jest mniej energetyczne i mniej uszkodzające. Absurdalnym jest więc przyjęcie, że w zgodzie z wymaganiami z SIWZ można byłoby dopuścić do przetargu tomograf o wartości napięcia anodowego np. [kV] $\geq 130-180$.

Podniósł, że zapis użyty przez zamawiającego nie jest zapisem stricte matematycznym i nie ma odpowiadać regułom tej dziedziny nauki, jak to zdaje się wykazywać odwołujący. Jest to zapis fizyczny określający o jakie jednostki wartości napięcia chodzi w tym konkretnym zamówieniu.

Zamawiający podniósł także że odwołujący był świadomy tego iż jego urządzenie nie spełnia postawionych wymagań, wywodził to z faktu, że w wielu postępowaniach gdzie postawiony był taki sam warunek graniczny, to Philips albo nie składał oferty, albo podnosił jak w tym postępowaniu argument, że nie tyle ważna jest wielkości parametru napięcia kV,

ale charakterystyki działania danego urządzenia. Tutaj podał iż z punktu medycznego nie jest zasadne używanie do badań tomografu pracującego przy bardzo niskim napięciu.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa poparł stanowisko prezentowane przez zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania mogło by doprowadzić do uznania jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Również Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a uwzględnienie odwołania mogłoby tą sytuację zmienić.

Pomimo szerokiego opisu zarówno w odwołaniu jak i w odpowiedzi na odwołanie argumentacji stanowisk stron, stwierdzić należy iż przedmiotem sporu w tym postępowaniu jest tylko kwestia, czy zamawiający w sposób z godny z opisem podanym w pkt 15 OPZ w kolumnie dotyczącej wskazania parametru granicznego „*Zakres napięć anody, możliwych do zastosowania w protokołach badań [kV]; $\geq 80-130$, podać ze skokiem*” dokonał prawidłowej oceny spełniania postawionego warunku.

Stwierdzić należy, że każdy z uczestniczących w tym postępowaniu odwoławczym, w sposób odmienny interpretował ten zapis wymagań, tego parametru:

- **odwołujący**: podał iż zaferowany przez niego parametr mieszczący się w granicach 90 - 140 kV spełnia postawiony warunek, gdyż zamawiający podaje zakres, a nie sztywny wymóg. W zbiorze matematycznym określonym jako „ $\geq 80 - 130$ ” mieści się bowiem przedział „90 - 140”.

- **zamawiający**: jego zdaniem znak umieszczony przed liczbą „80” odnosi się do całego zbioru więc „80-130” oznacza, że dana wartość może być więc większa od 130 lecz nie

mniejsza, a także mniejsza niż 80, ale nie większa.

- **przystępujący**; na rozprawie stwierdził, że według takiego opisu zakres ten powinien rozpoczynać się wartością 80 kV, a kończyć się 130 kV, czyli jest to zbiór zamknięty zawierający się ściśle w zakresie wartości od 80-130 kV.

Zauważyć należy iż charakterystyczny dla sprawy jest fakt, że zamawiający użył opisu tego parametru za pomocą matematycznego opisu zakresu zbioru liczb, poprzedzając je znakiem „ \geq równy lub większy”. Taki sposób odczytywania tego zapisu był bezsporny pomiędzy stronami. Jak wyżej podano zamawiający w tym zakresie prezentował stanowisko, że „nie zasadnym jest rozumienie zapisu [kV]; \geq 80-130, użytego przez Zamawiającego jako matematyczny zapis różnicy(...) Jest to zapis fizyczny określający o jakie jednostki wartości napięcia chodzi w tym konkretnym zamówieniu ”.

Zdaniem Izby taka argumentacja jest zupełnie niezasadna, jeśli zamawiający opisuje parametr graniczny przy pomocy oznaczenia zakresu zbioru matematycznego, to nie można uznać za prawidłową, oceny spełniania tego warunku według jakichś innych nieopisanych zasad /wartości fizycznych/.

Mimo dokonania opisu oceny spełniania parametru granicznego, odbiegającego od klarownej sytuacji, jaka miałaby miejsce gdyby zamawiający dokonał opisu za pomocą słów języka polskiego, a nie pewnych znaków matematycznych, które każdy z uczestniczących w tym postępowaniu odczytuje odmiennie, to jednak ocena zasadności zarzutu wynika z rzeczywistego znaczenia zawartego w SIWZ określenia parametru granicznego. Podstawa oceny zasadności odrzucenia oferty odwołującego jest zgodność treści oferty z treścią SIWZ, a nie stanowiska stron, które nie mają większej wartości dowodowej w szczególności, kiedy strona przeciwna zaprzecza prawdziwości złożonego oświadczenia.

Nie budziło wątpliwości Izby, że tak opisany warunek - zgodnie z zasadami odczytywania zakresów zbiorów liczbowych iż opis „ \geq 80 - 130” oznacza, że jest to zbiór lewostronnie domknięty oznaczający iż zbiór rozpoczyna się od pierwszej liczby zbioru i ta liczba(wartość) w tym zbiorze znaleźć się musi.

Zauważyć ponadto należy, że uszło uwadze odwołującego, który na potwierdzenie też swojego odwołania złożył dokument- prywatną opinię - dr A..... R..... biegłego sądu okręgowego w Bydgoszczy, iż na stronie pierwszej tejże opinii podano ustalenie, cyt. „Poddany analizie, załącznik nr 2 SIWZ zawierający parametry techniczne określa w sposób szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tym wypadku jasno określa, że „Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z montażem uruchomieniem i przyjęciem do użytkowania tomografu spełniającego co najmniej funkcje i parametry przedstawione wg załącznika nr 2.” Określony wyżej załącznik również w punkcie 15 precyzuje, iż „Zakres napięć anody możliwy do zastosowania w protokołach badań [kV] jest **minimum** > 80-130 ([kV], który należy podać ze skokiem”. Zapis ten w świetle określonej funkcjonalności i

przeznaczenia sprzętu do diagnostyki różnych jednostek chorobowych, jest w tym wypadku słuszny”.

Stwierdzić należy za Panią dr A..... R....., że jeśli wymóg ustalony jest na poziomie minimum **80 kV**, to zdaniem Izby zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, gdyż ten, zaoferował tomograf gdzie wartość minimum napięcia anody wynosiła **90 kV**, a więc była wyższa od wymaganej i niezgodna z SIWZ. Nadto zwrócić należy uwagę na fakt definicji zbioru, jaką wskazał w odwołaniu odwołujący iż zbiór to „granice zasięgu jakiegoś zjawiska, działania, faktu; też: dziedzina, sfera objęta tymi granicami”. Niewątpliwym jest, że w tak określonym zbiorze, jako strefy objętej tymi granicami to wartość parametrów granicznych winna się w tym zbiorze znajdować.

Ponadto stwierdzić należy, że odwołujący upatruje zgodność zaoferowanego tomografu z faktem, jakoby zamawiający wymagał, aby zaoferowany tomograf charakteryzował się skokiem napięcia anodowego o wartości 50kV. Takie stanowisko jest niezasadne, gdyż nigdzie z SIWZ taki wymóg nie jest podany. Odwołujący wymóg ten wywodzi z pkt 14 OPZ, ale jak wykazano na rozprawie parametr ten odnosi się do mocy generatora podanego w kW, a nie w kV / należy rozróżnić jednostki określające moc urządzenia (KW) od napicia (kV).

Podsumowując powyższe ustalenia stwierdzić należy, że złożona przez odwołującego oferta na zakup tomografu była niezgodna z parametrem granicznym dla tego urządzenia podanym w SIWZ, gdyż nie został spełniony pierwszy parametr dotyczący minimalnego napięcia anodowego o wartości 80 kV - zaoferowano 90 kV. Zaoferowanie drugiego parametru na poziomie 140 kV przy tak opisanym zbiorze nie miało znaczenia, gdyż zbiór ten był prawostronnie otwarty, a więc każda wartość wyższa od 130 spełniała wymóg, czego też nie kwestionował zamawiający.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy z § 3 pkt 1a i 2 a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 przyznała zwrot kosztu dojazdu pełnomocnika na rozprawę w wysokości kosztu wykazanego w złożonej kopii biletu.

Przewodniczący: