

Sygn. akt: KIO 2147/13

WYROK
z dnia 23 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca**

przy udziale wykonawcy **TIMKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 13, odrzucenie oferty wykonawcy TIMKO Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. Kosztami postępowania obciąża **TIMKO Sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **TIMKO Sp. z o.o.** na rzecz **Siemens Sp. z o.o.** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa wyposażenia medycznego*.

W dniu 6 września 2013 r. wykonawca Siemens Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez TIMKO Sp. z o.o. oraz nieuwzględnienia wszystkich podstaw odrzucenia oferty złożonej przez PRO VITA Polska Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował dokonany przez Zamawiającego wybór oferty wykonawcy TIMKO Sp. z o.o. w odniesieniu do zadania nr 13, którego przedmiotem była dostawa aparatu RTG z ramieniem C na Oddział Neurochirurgii. Zdaniem Odwołującego ww. wykonawca nie podał wymaganych przez Zamawiającego danych dotyczących parametru oferowanego urządzenia, co skutkowało tym, że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 4 do SIWZ (Zestawienie parametrów technicznych, zadanie 13 pkt 4) Zamawiający wymagał, aby głębokość ramienia wynosiła minimum 70 cm. W kolumnie „Wymagania” Zamawiający zawarł informację „Tak” co oznaczało, że jest to parametr bezwzględnie wymagany. Jednocześnie na końcu tabeli Zamawiający zawarł informację, że *wszystkie parametry liczbowe lub wymagane funkcje podane jako funkcja lub parametr graniczny w powyższej tabeli stanowią wymagania, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty*. Dodatkowo, Zamawiający dnia 19 czerwca 2013 r., udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawców (nr 188) nie dopuścił do zaoferowania aparatu RTG z ramieniem C o głębokości 68 cm i podtrzymał swój wymóg głębokości ramienia C min. 70 cm.

Odwołujący podniósł, że pojęcie głębokości ramienia C jest jednoznaczne, jednakowo określane i podawane przez wszystkich producentów aparatów RTG z ramieniem C jako odległość między osią wiązki promieniowania a wewnętrzną powierzchnią ramienia C. Tak zdefiniowana głębokość ramienia C jest jednym z podstawowych parametrów służących do oceny zakresu możliwości przeprowadzania procedur chirurgicznych z użyciem stołów

chirurgicznych o różnej szerokości. Wybrany wykonawca, TIMKO Sp. z o.o. z w swojej ofercie podał następującą odpowiedź: *Tak, całkowita głębokość ramienia C 80 cm.* Zdaniem Odwołującego, odpowiedź ta nie jest odpowiedzią na wymaganie postawione przez Zamawiającego, bowiem nie wymagał on podania całkowitej głębokości ramienia C, lecz podania ogólnie znanej i określanej przez wytwórców sprzętu głębokości ramienia C.

W ocenie Odwołującego, zaoferowany przez TIMKO Sp. z o.o. aparat Ziehm 8000 ma głębokość ramienia C równą 68 cm, co potwierdzają dane publikowane przez wytwórcę tego urządzenia. Ponadto wykonawca ten w innych postępowaniach, także toczących się w tym roku, oferując taki sam aparat Ziehm 8000 podawał informację, że głębokość ramienia C tego urządzenia wynosi 68 cm i potwierdzał to w danych technicznych załączanych do ofert, określając ten parametr jako „głębokość ramienia C”. Powyższe potwierdza, iż TIMKO Sp. z o.o. doskonale wie, co oznacza parametr głębokość ramienia C i w tym konkretnym postępowaniu, na użytek pozornego spełnienia warunku granicznego, podał wartość innego parametru dopisując słowo *całkowita*, tak by wartość zgadzała się z wartością wymaganą. W rezultacie złożona oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie zawiera danych dotyczących parametru wymaganego, określonego jako *głębokość ramienia C*, a brak spełnienia takiego wymagania skutkuje odrzuceniem oferty.

Również załączone przez TIMKO Sp. z o.o. materiały informacyjne producenta nie zawierały potwierdzenia spełniania tego parametru, gdyż w miejsce parametru standardowo wpisanego w dane techniczne (*głębokość ramienia C, z wartością 68 cm*) i wymaganego w tym postępowaniu, pojawiła się informacja o innym parametrze, nigdy dotąd nie publikowana ani nie mająca żadnego uzasadnienia klinicznego, a służąca tylko wprowadzeniu Zamawiającego w błąd poprzez wpisanie wartości 80 cm, dotyczącej innego niż wymagany, parametru urządzenia.

W związku z powyższym - zdaniem Odwołującego - oferta wykonawcy TIMKO Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadająca treści SIWZ.

Ponadto, z ostrożności procesowej, w odniesieniu do oferty złożonej przez PRO VITA Polska Sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że Zamawiający odrzucając ofertę tę nie wyczerpał wszystkich przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty. Zamawiający powołał się jedynie na art. 89 ust. 1 pkt 2, 5 i 8 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona z powołaniem się na dodatkowe przesłanki wynikające z tego, iż treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ, jak również na przesłanki wynikające z art. 90 ust 3 ustawy Pzp, odnoszące się do niezłożenia merytorycznych wyjaśnień dotyczących ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w trakcie oceny ofert Zamawiający wezwał wykonawcę PRO VITA Polska Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 21 sierpnia 2013 r. wykonawca przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia, wypełniając jedynie formalny aspekt tego wezwania. Z pisma nie wynika jakiegokolwiek wyjaśnienie zgodne z art. 90 ust. 2 ustawy PZP i wskazujące na np. metodę wyliczenia ceny poszczególnych elementów, na zastosowanie szczególnych rozwiązań technicznych itd. Pismo nie zawiera żadnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a zatem oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona również na podstawie art. 90 ust 3 ustawy.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że Zamawiający pomimo wyraźnego wskazania w SIWZ (pkt 3.4) wymogu potwierdzenia wszystkich parametrów zaoferowanego urządzenia, nie wezwał wykonawcy PRO VITA Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów o dane katalogowe czy dokumentację techniczną, z których wynikałoby potwierdzenie parametru określonego w pkt 4 tabeli parametrów technicznych, a dotyczących głębokości ramienia C. Wykonawca podał wartość 70 cm i nie potwierdził tej wartości wymaganymi materiałami producenta. Według wiedzy Odwołującego popartej danymi przedstawianymi przez wykonawcę w innych postępowaniach, wartość ta wynosi 69,2 cm. Odwołujący pismem z 26 sierpnia 2013 r. poinformował Zamawiającego o tym fakcie, jednak Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający wymagany parametr.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do zadania nr 13, odrzucenia oferty wykonawcy TIMKO Sp. z o. o w odniesieniu do zadania nr 13, rozszerzenia katalogu przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy PRO VITA Polska Sp. z o.o. oraz dokonania w odniesieniu do zadania nr 13 ponownej oceny ofert.

W dniu 17 września 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wykonawca TIMKO Sp. z o.o., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba - stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp - rozpoznała sprawę merytorycznie, w związku ze skutecznym wniesieniem sprzeciwu przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba nie rozpatrzyła podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę PRO VITA Polska Sp. z o.o., z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył podczas rozprawy oświadczenie o ich wycofaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny dotyczący podniesionego w odwołaniu zarzutu niespełniania przez aparat zaoferowany przez Przystępującego wymaganego parametru głębokości ramienia C:

Przedmiotem zamówienia w ramach zadania nr 13 była dostawa aparatu RTG z ramieniem C dla Oddziału Neurochirurgii. W załączniku nr 4 do SIWZ Zamawiający opisał wymagane parametry techniczne zamawianego aparatu, w punkcie 4 tabeli wskazując: *głębokość ramienia C min. 70 cm*. Jednocześnie Zamawiający w treści przedmiotowego załącznika zawarł informację, że *wszystkie parametry liczbowe lub wymagane funkcje podane jako funkcja lub parametr graniczny w powyższej tabeli stanowią wymagania, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty*.

W dniu 24 maja 2013 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek wykonawcy TIMKO Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści SIWZ, zawierający m.in. następujące pytanie: *Zamawiający oczekuje głębokości ramienia C min. 70 cm. Czy Zamawiający dopuści RTG z ramieniem C o głębokości 68 cm? Różnica dwóch cm nie ma znaczenia przy właściwościach diagnostycznych aparatu*. W dniu 19 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wyjaśnienia treści SIWZ, na powyższe pytanie udzielając odpowiedzi przeczącej.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 278.316,00 zł, w której zaoferował dostawę aparatu Ziehm 8000 produkcji Ziehm Imaging GmbH. W zakresie głębokości ramienia

aparatu Przystępujący podał następującą informację: *Tak, całkowita głębokość ramienia C 80 cm.*

W dniu 27 sierpnia 2013 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, podając, że w zakresie zadania nr 13 jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Przystępującego.

Postępowanie odwoławcze wykazało, że stan faktyczny dotyczący parametrów urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego nie był sporny. Przystępujący potwierdził, że podany w ofercie parametr (*całkowita głębokość ramienia C, 80 cm*) określa głębokość ramienia liczoną jako odległość między zewnętrzną osią wzmacniacza, a wewnętrzną powierzchnią ramienia. Jednocześnie Przystępujący nie kwestionował, że głębokość ramienia C w zaoferowanym aparacie, liczona w sposób przedstawiony przez Odwołującego jako prawidłowy (tj. odległość pomiędzy osią przebiegającą przez środek lampy i wzmacniacza, a wewnętrzną powierzchnią ramienia C) wynosi 68 cm.

Istota sporu między Odwołującym a Przystępującym sprowadzała się więc do interpretacji opisanego w SIWZ parametru określonego jako *głębokość ramienia C*. Odwołujący podnosił, że powyższe określenie jest jednolicie rozumiane wśród producentów i dostawców tego typu urządzeń i dotyczy wyłącznie głębokości mierzonej od osi przebiegającej przez środek lampy i wzmacniacza, nie zaś od ich zewnętrznej osi. Przystępujący z kolei twierdził, że wobec niezdefiniowania przez Zamawiającego sposobu obliczenia przedmiotowego parametru miał prawo podać jego maksymalną wartość. Podniósł również, że w innych postępowaniach, w których określił głębokość ramienia w przedmiotowym aparacie jako 68 cm, Zamawiający wyraźnie wymagał określenia tej wartości jako liczonej od osi promienia.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego, który wykazał, że głębokość ramienia C jest jednolicie rozumiana przez producentów i dostawców aparatów RTG i zawsze odnosi się do odległości między osią promienia a wewnętrzną powierzchnią ramienia, co potwierdzają złożone podczas rozprawy karty katalogowe aparatów różnych producentów (w tym aparatu Ziehm 8000). Jednocześnie Odwołujący przedstawił argumenty wskazujące, że liczenie głębokości od zewnętrznej strony obudowy byłoby nieuzasadnione z punktu widzenia przyszłego użytkownika aparatu (z uwagi chociażby na grubość obudowy oraz konieczność przebiegania wiązki promieniowania przez ciało pacjenta).

Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie argumentacja Przystępującego, który powoływał się na nieprecyzyjny opis spornego parametru w SIWZ i wynikającą z tego możliwość podania głębokości mierzonej od najbardziej odległego punktu (znajdującego się w zewnętrznej osi wzmacniacza). Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, które

potwierdzałyby, że przedmiotowy parametr przez innych zamawiających czy producentów bywa rozumiany i określany inaczej niż to przedstawił Odwołujący.

Zdaniem Izby Przystępujący, jako profesjonalista, musiał wiedzieć (i wiedział), jak powszechnie rozumiane jest określenie *głębokość ramienia C*. Wyraźnym potwierdzeniem tego jest fakt, że przed złożeniem oferty zwrócił się on do Zamawiającego z pytaniem, czy Zamawiający dopuści ramię C o głębokości 68 cm - tj. o głębokości takiej, jak w oferowanym aparacie, przy obliczeniu jej od osi promienia. Przystępujący nie wyraził przy tym żadnych wątpliwości co do tego, jak tę głębokość należy mierzyć i nie wnioskował o dookreślenie tego parametru. Wobec przeczącej odpowiedzi Zamawiającego, Przystępujący określił głębokość ramienia C w zaoferowanym aparacie jako wyższą niż wymagane minimum, opisując ją jako *głębokość całkowitą*.

Powyższe świadczy - w ocenie Izby - o tym, że Przystępujący próbował, poprzez powołanie się na brak precyzji SIWZ i pod pozorem braku wiedzy o tym, co należy rozumieć przez głębokość ramienia C, doprowadzić do uznania zaoferowanego aparatu za spełniający wymogi SIWZ.

Jakkolwiek w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd o konieczności formułowania postanowień SIWZ w sposób zrozumiały i precyzyjny oraz o zakazie interpretowania niejasnych postanowień na etapie oceny ofert na niekorzyść wykonawców, to stwierdzić należy, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy okoliczności takie nie miały miejsca. Wymagania zostały bowiem w SIWZ określone w sposób zrozumiały dla profesjonalnie działających podmiotów, a sugestie Przystępującego o braku precyzji i wynikającej z tego możliwości określenia głębokości ramienia w sposób, w jaki to uczynił, należy uznać za próbę obejścia ustanowionych wymagań.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, w związku z czym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 2 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).

Przewodniczący: