

Sygn. akt KIO/UZP 1837/09

WYROK
z dnia 15 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich, ul. 1-go Maja 9, 41-100 Siemianowice Śląskie** protestu z dnia 25 listopada 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Gemed Elias Sp. j., ul. Stefana Batorego 19, 41-506 Chorzów** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 820 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia złotych zero groszy) przez **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań** na rzecz **Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich, ul. 1-go Maja 9, 41-100 Siemianowice Śląskie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatu do znieczulania dla noworodków, dorosłych oraz dzieci, kardiomonitorów, kardiografu oraz aparatu USG z kolorowym Dopplerem.

Postępowanie wszczęto w dniu 16.10.2009 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 18.11.2009 r. zamawiający zawiadomił o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty Gemed Elias Sp. j. oraz odrzuceniu oferty Euromed Medical Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (dalej „Euromed”), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu zaoferowania urządzeń nie odpowiadających parametrami wymaganym zamawiającego.

PROTEST

W dniu 25.11.2009 Euromed wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego domagając się przywrócenia jej oferty do postępowania oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

W uzasadnieniu protestu wskazano, m.in.:

„[...]”

Zamawiający w SIWZ, pakiet Nr 4 zobowiązał uczestników postępowania do zaoferowania aparatu USG zgodnego z opisem parametrów w nim zawartych z zastrzeżeniem że oferta która nie będzie spełniała kryterium w kolumnie „ Wymagania wartość graniczna" zostanie odrzucona. W opisie przedmiotu Zamówienia zamawiający nie zawarł tej kolumny tym samym w stosunku do pakietu Nr 3 oraz Nr 4 rezygnując z sankcji dotyczących kryteriów granicznych w/w przedmiotów zamówienia.

W załączniku nr 3 pakiet Nr 4 do złożonej przez siebie oferty Protestujący wskazał wszystkie parametry techniczne oferowanego przez siebie urządzenia zgodnie ze stanem faktycznym. Parametry techniczne tego urządzenia były zgodne z wymaganiami Zamawiającego, co zostało potwierdzone oświadczeniem zawartym w załączniku Nr 1, pkt 5. Mimo to Zamawiający stwierdził, że parametry techniczne urządzenia oferowanego przez Protestującego w odniesieniu do dwóch kryteriów nie spełniają kryteriów i są inne od deklarowanych przez Protestującego w wyniku czego odrzucił jego ofertę.

Protestujący może jedynie przypuszczać, że Zamawiający opierał się na informacjach zaczerpniętych z broszur reklamujących sprzęt oferowany przez Protestującego bądź dostarczonych przez innego oferenta, który został wybrany w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jeżeli Zamawiający powziął zatem jakiegokolwiek wątpliwości co do parametrów technicznych oferowanego przez Protestującego urządzenia winien był z powołanego wyżej uprawnienia skorzystać co jest również zgodne z zapisem rozdziału IX pkt. 6 SIWZ.

W żadnym natomiast przypadku Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie jakichkolwiek innych danych i to bez uprzedniego zażądania wyjaśnień od oferenta. Postępowaniem swym Zamawiający naruszył zatem przepis art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

[...]”

Do protestu załączono oświadczenie firmy Mindray Shenzhen Bio Medical Electronics - producenta aparatu USG Mindray DC3, potwierdzające, że przedmiotowe urządzenie posiada parametry techniczne kwestionowane przez Zamawiającego.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 04.12.2009 r. zamawiający protest wykonawcy w całości oddalił, wskazując m.in.:

„[...]”

Zamawiający odrzucił ofertę firmy EUROMED Medical Solution w Poznaniu gdyż zaoferowała ona aparat USG z mniejszą częstotliwością odświeżania obrazu niż wymagana zgodnie z SIWZ. W toku postępowania zamawiający dwukrotnie (pismo z dnia 23.10.2009r. pyt . 34 oraz pismo z dnia 29.10.2009r. pyt 4) wskazał, że oferowany aparat ma posiadać częstotliwość odświeżania obrazu (frame rate) minimum 450 klatek na sekundę i że nie dopuszcza aparatów nie spełniających w/w wymogu co było doprecyzowaniem jakiego konkretnie aparatu wymaga Zamawiający.

Zamawiający zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 PZP, w toku badania i oceny ofert **może** żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jeżeli Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości, co do parametrów technicznych oferowanego przez Protestującego urządzenia. Jednakże oferta złożona przez Protestującego była jasna gdyż zawarte opisy na stronie 115 „wskaźnik klatki do 396 kl/s, zależnie od sondy” oraz na stronie 117 „wskaźnik klatki do 448 kl/s, zależnie od sondy”, wskazywały jednoznacznie, iż aparat nie spełnia wymogów i nie były potrzebne żadne dodatkowe wyjaśnienia w tej kwestii ze strony Wykonawcy.

Ponadto nieprawdziwe jest stwierdzenie protestującej, iż „Zamawiający opierał się na informacjach zaczerpniętych z broszur reklamujących sprzęt oferowany przez Protestującego bądź dostarczonych przez innego oferenta, który został wybrany w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający szczegółowo przeanalizował dokumentację załączoną do oferty wykonawcy m.in. materiałami informacyjnymi dla oferowanego sprzętu strona 107-132 oferty i stwierdził w oparciu o nie, że na stronie 117 pkt. tryb koloru - wskaźnik klatki podpunkt 3 wpisany jest parametr do 448kl/3, na stronie 115 w poz. Tryb B podpunkt 4 podano, iż wskaźnik klatki wynosi 396 kl/s. Jednocześnie w trakcie demonstracyjnego korzystania z urządzenia (zgodnie z załącznikiem nr 3 do siwz zastosowano zapis, który mówił o: „możliwości wykonania badań na aparacie „demo” w tutejszym oddziale przed rozstrzygnięciem przetargu”) na oddziale ginekologiczno - położniczym stwierdzono, iż aparat nie spełnia we wskazanym zakresie wymogów postawionych przez Zamawiającego. Należy także wskazać, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy PZP zamawiający nie może prowadzić z wykonawcami negocjacji dotyczących złożonej oferty, jak też w wyniku wyjaśnienia nie może dojść do zmiany oferty. Dołączone przez Protestującego pismo producenta z dnia 25 listopada 2009 r. potwierdza również, iż zaoferowane urządzenie nie jest zgodne z wymogami SIWZ, albowiem stwierdza możliwość jego dostosowania. Nie jest wiadomym Zamawiającemu na jakich zasadach i na czyj koszt dostosowanie takie miałyby się odbyć, i

czy w związku z tym urządzenie to nie ulegnie istotnym zmianom w stosunku do złożonych do postępowania deklaracji zgodności i dokumentów potwierdzających jego wprowadzenie do obrotu. Ostatecznie odnosząc się do argumentu protestującego, który powołał się dopiero wnosząc protest oświadczenie Firmy Mindray Shenzhen Bio Medical Electronics - producenta aparatu USG Mindray DC3 potwierdzające, że przedmiotowe urządzenie posiada parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego, nie może zostać wzięte pod uwagę przy rozstrzyganiu protestu. Jak już wskazano, zmiana parametrów urządzenia wykazywana przez protestującego powoduje zmianę treści złożonej oferty, co zgodnie z przepisami UPZP nie jest dopuszczalne na tym etapie postępowania. Podkreślić także należy, iż wskazywana różnica nie jest jedynie oczywistą omyłką pisarską polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, lecz prowadzi do zmiany treści oferty, co jak już zaznaczono nie może mieć miejsca w toku postępowania.

[...]"

ODWOŁANIE

W dniu 08.12.2009 r. Euromed wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia jej protestu podtrzymując zawarte tam żądania i stanowisko.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

„[...]”

Odwołujący pragnie wskazać, iż składając ofertę wraz z oświadczeniem w brzmieniu zgodnym z załącznikiem do SIWZ nr 3, a dotyczącym Pakietu nr 4 potwierdził, iż oferowany przez niego aparat USG „spełnia parametry techniczne określone poniżej” oraz uszczegółowione w pismach z dnia 23 i 29 października bieżącego roku zawierających zapytania wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego.

Jeżeli zatem załączone przez Odwołującego materiały informacyjne okoliczności tej nie potwierdzały w odniesieniu do jednego z parametrów, czy wręcz wskazywały bądź sugerowały, że jeden z parametrów odbiega od wymogów SIWZ, Zamawiający winien był wezwać Odwołującego - w trybie art.26 Pzp - do uzupełnienia oferty.

Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP1036/09 z dnia 24 sierpnia 2009r:

1. "Błąd" dokumentu polegać może zarówno na jego fizycznym braku, jak i na tym, że chociaż fizycznie dokument został złożony to nie potwierdza on okoliczności, dla których został złożony.
2. Uzupełnienia ograniczać mają przypadki, w których konieczne byłoby odrzucanie ofert, nie można różnicować sytuacji wykonawców i w gorszej stawiać wykonawcę, który złożył żądany dokument od tego, który nie podjął nawet takiej próby.

Idąc dalej należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jeżeli Zamawiający powziął zatem jakiegokolwiek wątpliwości co do parametrów

technicznych oferowanego przez Protestującego urządzenia winien był z powołanego wyżej uprawnienia skorzystać.

Nie korzystając z tych możliwości Zamawiający naruszył powołany wyżej przepis.

Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP UZP 844/08 z dnia 29 sierpnia 2008r oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 2 listopada 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-3120/05) „... dopóki Zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 1 p.z.p. i nie wyjaśni swojego przypuszczenia o sprzeczności treści oferty ze Specyfikacją, to nie wolno mu odrzucić tej oferty”.

Na konieczność i celowość wystąpienia w powyższej o udzielenie przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wskazuje szereg kolejnych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, tworzących spójną linię orzeczniczą:

Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. w sprawie KIO/UZP 9/09:

„Art. 87 ust. 1 P.z.p. nie może stanowić podstawy prawnej do żądania uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 87 ust. 1 P.z.p. Zamawiający może żądać od wykonawcy co najwyżej wyjaśnień dotyczących, treści oferty, w tym również wyjaśnień dotyczących spełniania wymogów SIWZ. Jeśliby wykonawca w ramach udzielonych w tym trybie wyjaśnień powołał się samodzielnie na takie, nieżądane w SIWZ dokumenty, mogłyby one stanowić podstawę udzielonych wyjaśnień, o ile oczywiście nie zmieniałyby treści oferty.”

Wyrok KIO z dnia 30 października 2008 r. w sprawie KIO/UZP 1113/08:

„Zamawiający w sytuacji, gdy poweźmie wątpliwości do treści oferty, w tym co do treści złożonych w niej oświadczeń, ma obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy, który takie oświadczenie złożył, gdyż zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można przyjmować wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy bez weryfikacji jej zgodności.”

Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2009 r. w sprawie KIO/UZP 5/09

„Żądanie wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 P.z.p. nie jest obowiązkiem Zamawiającego, jednak w sytuacji, gdy wątpliwości Zamawiającego rzutują na wynik postępowania, powinny one zostać wyjaśnione.”

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się pominiawszy możliwość uprzedniego skorzystania z dyspozycji przepisu art.87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszył tym samym przepis art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wykorzystał bowiem wszelkich usankcjonowanych prawem procedur, do których użycia był zobowiązany, w celu rzeczywistego wyjaśnienia, czy przyczyna odrzucenia - w postaci niezgodności treści oferty Wnoszącego odwołanie z treścią SIWZ - istotnie zachodzi.

[...]

Odwołujący pragnie wskazać, iż składając ofertę wraz z oświadczeniem w brzmieniu zgodnym z załącznikiem do SIWZ nr 3, a dotyczącym Pakietu nr 4 potwierdził, iż oferowany

przez niego aparat USG „spełnia parametry techniczne określone poniżej” oraz uszczegółowione w pismach z dnia 23 i 29 października bieżącego roku zawierających zapytania wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego, a więc także potwierdził, że oferowany aparat USG posiada głowicę zbudowaną w technologii zapewniającej efekt poprawy rozdzielczości jak głowice wielorzędowe.

Stosowna informacja zawarta została także w załączonym materiale informacyjnym pod pozycją Szczególne cechy obrazowania, gdzie wskazano, że oferowane urządzenie wyposażone jest w system „iClear” zapewniający obrazowanie adaptacyjne odporności na plamienie dla wszystkich sond.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz oświadczenia zamawiającego złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba wskazuje, iż zamawiający wyraźnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał (w pismach dotyczących odpowiedzi na pytania wykonawców składających się na treść siwz – z dnia 23.10.2009r. – pytanie 34 oraz pismo z dnia 29.10.2009r. pytanie 4) wskazał, że oferowany ultrasonograf ma posiadać częstotliwość odświeżania obrazu (frame rate) minimum 450 klatek na sekundę (parametr minimalny)

Jak wynika z oferty odwołującego – na stronie 115 i 117 oferty (w materiałach informacyjnych nt. oferowanego sprzętu – DC3 Diagnostyczny System Ultradźwięków, Wielofunkcyjny Kolorowy System Ultradźwięków do Badania Dopplerowskiego produkcji Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co. Ltd.) znalazły się parametry oferowanego urządzenia niezgodne (słabsze) względem ww. wymagań zamawiającego, co do częstotliwości odświeżania obrazu (str. 115 – Wskaźnik Klatki do 396kl/s w Trybie B, zależnie od sondy; str. 117 – Wskaźnik Klatki do 448kl/s, zależnie od sondy w Trybie koloru) Zgodnie z pkt 8) *in fine* formularza ofertowego materiały informacyjne o sprzęcie stanowią integralną część oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba potwierdza prawidłowość ustaleń faktycznych i prawnych poczynionych w postępowaniu przez zamawiającego względem oferty odwołującego.

Załączone do oferty materiały, jako informacje doprecyzowujące i dookreślające zobowiązanie wykonawcy, tj. w tym przypadku opisujące jakie dokładnie urządzenie wykonawca proponuje zamawiającemu, stanowią integralną część oferty i jako takie nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Wyrażając powyższe inaczej:

wykonawca poprzez załączone do formularza ofertowego materiały informacyjne wskazał i opisał jakie urządzenie oferuje zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu, a jakakolwiek zmiana parametrów urządzenia stanowiła będzie zmianę treści oferty.

Weryfikacji zgodności treści oferty z treścią siwz służą w pierwszej kolejności przedkładane według wymagań siwz informacje (karty katalogowe, dokumentacje techniczne, plany, rysunki, kosztorysy...etc...), a nie deklaracje wykonawcy, że składa ofertę spełniającą wszystkie wymagania zamawiającego. Inaczej: zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie wszystkich żądanych części oferty (wraz z załącznikami), a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających z oświadczeń zawartych w formularzu ofertowych czy samego faktu złożenia oferty.

Wobec powyższego również wyjaśnianie oferty w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 1 Pzp jest zbędne – jej treść jest jasna i jednoznacznie niezgodna z treścią siwz, a odwołujący nie udowodnił, iż już z samej treści przedłożonej oferty wynika, że zaoferowane urządzenie spełnia wymagania zamawiającego w zakresie częstości odświeżania obrazu. Natomiast dowodzenie, że wbrew informacjom zawartym w ofercie, zaoferowano w rzeczywistości aparat inny, np. zmodyfikowany, który spełnia wszystkie wymagania zamawiającego (co potwierdza oświadczenie producenta sprzętu), jest w zasadzie nieweryfikowalne, a przyjęte i uznanie takiego twierdzenia stanowiłoby w istocie zgodę na zmianę treści oferty.

W przypadku gdy wykonawca oferuje urządzenia inne (zmodyfikowane) niż wskazywane w kartach katalogowych czy informacjach producenta, przy pomocy których opisuje swoją dostawę, powinien wyraźnie to zaznaczyć i udokumentować w treści oferty. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy w treści oferty wynikają informacje dowodzące niezgodnych z wymaganiami siwz parametrów dostawy, stwierdzić należy sprzeczność oferty z siwz.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Uwzględniono koszty dojazdu i zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego, na podstawie biletów kolejowych oraz faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 ze zmianami).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....