

Sygn. akt: KIO 2212/11

## WYROK

z dnia 25 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2011 r. przez wykonawcę **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik**.

orzeka:

### 1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa aparatu USG na potrzeby Zakładu Diagnostyki Obrazowej.

Pismem z dnia 4 października 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także „Pzp”], gdyż nie złożono żadnej niepodlegającej odrzuceniu oferty. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp m.in. oferty wykonawcy TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 14 października 2011 r. odwołanie złożył wykonawca TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego zaofertowany ultrasonograf spełnia wymagania SIWZ. Odwoływał się do pkt II SIWZ i podnosił, iż kolumna 3 w punktach V.2.b i V.3.b została wypełniona zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wskazywał, że potwierdzono spełnianie wymagań oraz podano zakres częstotliwości głowic, który świadczy o tym, że minimalne wymagania zamawiającego zostały spełnione ponieważ oferowane głowice mają możliwości większe od wymaganych minimalnych. Odwołujący podnosił, że oferowany przez niego aparat ma parametry lepsze niż postawione przez zamawiającego wymagania minimalne zatem oferta jego odpowiada treści SIWZ.

## **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa aparatu USG na potrzeby Zakładu Diagnostyki Obrazowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2011 r. pod numerem 2011/S 174-285703.

Zgodnie z pkt II SIWZ przedmiotem zamówienia jest jednorazowa dostawa aparatu USG na potrzeby Zakładu Diagnostyki Obrazowej. Szczegółowa charakterystyka zawarta została w załączniku 1.2 do SIWZ – Specyfikacja techniczna. Zgodnie z pkt III b ppkt 1.3. załączniki nr 1.2 i 1.3 wskazują minimalne wymagania zamawiającego, które muszą zostać spełnione, natomiast wykonawca – wypełniając przedmiotowe załączniki – zaoferuje konkretne rozwiązania (np. podając model/typ oferowanego asortymentu, wartości poszczególnych parametrów, itd.), charakteryzując w ten sposób zaoferowany asortyment.

W pkt V.2b załącznika 1.2 do SIWZ, zamawiający określił, częstotliwość pracy głowicy elektronicznej liniowej szerokopasmowej do badań struktur powierzchniowych, tj. sutka i tarczycy, na poziomie:

- dolna granica częstotliwości: 4 ÷ 8 MHz,
- górna granica częstotliwości: 10 ÷ 14 MHz.

W pkt V.3b załącznika 1.2 do SIWZ, zamawiający określił częstotliwość pracy głowicy elektronicznej liniowej szerokopasmowej do badań naczyniowych na poziomie:

- dolna granica częstotliwości: 4 MHz,
- górna granica częstotliwości: 10 ÷ 13 MHz.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 236.088,00 zł
- 2) Miro Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 261.000,00 zł.

W załączniku 1.2 do SIWZ w kolumnie 3 oferowane parametry, wykonawca TMS Sp. z o. o. na stronie 7 oferty wskazał, iż częstotliwość pracy oferowanej głowicy do badań struktur powierzchniowych, tj. sutka i tarczycy jest na poziomie od 3,3 MHz do 12 MHz. Na stronie 8 oferty wykonawca ten wskazał, iż częstotliwość pracy głowicy do badań naczyniowych jest od 3,1 MHz do 11 MHz.

Pismem z dnia 4 października 2011 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę wykonawcy TMS Sp. z o. o. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Jako podstawę faktyczną zamawiający wskazał, że oferowana głowica do badań struktur powierzchniowych, tj. sutka i tarczycy nie odpowiada treści SIWZ co do dolnej granicy częstotliwości pracy, gdyż jest niższa tj. 3,3 MHz podczas gdy zamawiający określił ją na poziomie 4÷8 MHz. Ponadto zamawiający wskazał, że oferowana głowica do badań naczyńniowych nie odpowiada treści SIWZ co do dolnej granicy częstotliwości pracy, gdyż jest niższa tj. 3,1 MHz podczas gdy zamawiający określił ją na poziomie 4 MHz.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w niniejszej sprawie argumentacja odwołującego że oferowany przedmiot spełnia minimalne wymagania postawione przez zamawiającego nie jest wystarczająca dla uznania zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powoływanie się przez odwołującego na zapisy, iż załącznik (1.2 do SIWZ) wskazuje minimalne wymagania zamawiającego, które muszą zostać spełnione, natomiast wykonawca wypełniając ten załącznik oferuje konkretne rozwiązania, charakteryzując zaoferowany asortyment nie może mieć w ocenie Izby zastosowania do wszystkich parametrów określonych w specyfikacji technicznej. W tych pozycjach gdzie faktycznie

zamawiający określił parametry jako minimalne (np. ilość kryształów głowicy min. 192, częstotliwość do wyboru dla obrazowania harmonicznego min. 4, prędkość odświeżania obrazu w trybie B-mode: min. 500 klatek na sekundę) wykonawcy mieli możliwość oferowania urządzenia o parametrach wyższych. Dowolności takiej w ocenie Izby zamawiający nie dopuścił w pozycjach, które stały się podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Skoro zamawiający określił dolną granicę częstotliwości pracy głowicy do badań struktur powierzchniowych na poziomie od 4 MHz do 8 MHz to nie sposób uznać aby głowica o dolnej częstotliwości pracy od 3,3 MHz mieściła się w przedziale określonym przez zamawiającego. Do takiego samego wniosku należało dojść co do tego samego parametru odnośnie głowicy do badań naczyniowych, gdzie odwołujący zaoferował głowicę o dolnej częstotliwości pracy od 3,1 MHz podczas gdy zamawiający określił ten parametr na poziomie 4 MHz. Należy w tym miejscu wskazać, iż przedmiotem oceny Izby nie jest badanie racjonalności postępowania zamawiającego ale legalności jego postępowania, a więc czy postępuje on zgodnie z przepisami Pzp. Niezależnie od tego czy wykonawca, w jego ocenie, faktycznie oferuje urządzenie lepsze, mające szersze możliwości, nie zwalnia go to od tego aby pod względem wszystkich parametrów odpowiadało ono wymogom postawionym przez zamawiającego, a zgodność z treścią SIWZ musi wynikać z treści złożonej oferty. Wobec powyższego w ocenie Izby zamawiający prawidłowo działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dokonał odrzucenia oferty odwołującego uznając ją za niezgodną z treścią SIWZ. W takiej sytuacji za prawidłowe należało również uznać unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wskazanie przez odwołującego na wstępie odwołania na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała za oczywistą omyłkę pisarską, gdyż z dalszej treści odwołania wynikało niezbiecie, iż przedmiotem zarzutu było naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p.,  
tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....