

Sygn. akt: KIO 2272/11

WYROK
z dnia 3 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011 r. przez GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, przy udziale Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. w Warszawie i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie tomografu komputerowego rezonansu magnetycznego wraz z przebudową pomieszczeń przeznaczonych na pracownię rezonansu magnetycznego.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011r. przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ewentualnie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Siemens Sp. z o.o. w Warszawie mimo jej niezgodności z treścią siwz, a także będącej ofertą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezasadny wybór wskazanej oferty.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, odrzucenie oferty Siemens w wyniku ponownego jej badania i oceny ewentualnie unieważnienie postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przypadku zawarcia umowy, unieważnienie tej umowy.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty, a jego oferta uplasowała się na drugiej pozycji. Stwierdził, że zapisy siwz w tym postępowaniu preferują w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert w sposób nieuzasadniony jednego producenta tj. koncernu Siemens. W konsekwencji oferta odwołującego, mimo że oferowany sprzęt posiada parametry przewyższające technologicznie rozwiązania konkurencyjne i jest tańsza, nie została wybrana.

Wskazał, że w piśmie z 3.10.2011 r. (załączonym do odwołania) przedstawił zamawiającemu zestawienie parametrów z zał. 6 do siwz których sformułowania naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, są nieuzasadnione celem postępowania i nie mają uzasadnienia klinicznego. Wskazał na punktację wymienionych parametrów przyjęta w siwz. Jednocześnie zauważył, że oferowany przez niego system Optima 450W z GEMs będący nowoczesnym systemem MR opartym na najnowszych rozwiązaniach technologicznych ma parametry przewyższający rozwiązania konkurencyjne, które nie zostały w postępowaniu określone jako parametry oceniane, co w świetle przyjętych kryteriów i wymogów powoduje, iż oferta sprzętowa inna niż koncernu Siemens nie może realnie konkurować w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że taką sytuację wykorzystał wykonawca Siemens oferując zawyżoną cenę 7.407.338,90 zł tj. o ponad 1,5 mln zł wyższą od ceny odwołującego, co w kontekście przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (związek czynu z działalnością gospodarczą, sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrożenie lub naruszenie przez to działanie interes innego przedsiębiorcy lub klienta) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na niezgodność treści oferty przystępującego Siemens z treścią siwz w zakresie:

- Wagi całego aparatu (z wyposażeniem i ciekłym helem) – wymóg siwz (pkt 1.7) ≤ 6000 kg, gdy w ofercie Siemens podano 4798 kg MAGNETOM Aera A Tim+Dot System, str. 54, natomiast na stronie 47 dokumentacji zawarto informację Magnes 1,5 Tesli AS (z helem) waga 3118 kg i Oprzyrządowanie magnesu, w tym cewka gradientowa, cewka body, stół pacjenta Tim oraz obudowy – waga 4798 kg, co daje łączną wagę całego aparatu 7916 kg. Wskazał także na wielkość 1500 kg wagi szafy z elektroniką podaną na tej samej stronie.
- Parametrów technicznych dotyczących cewek opisanych w pkt 3.2, 3.4., 3.8 (dedykowanych do badania głowy, głowy i szyi, całego tułowia (klatka piersiowa i jama brzuszna i miednica).

Powołując się na treść dokumentacji zaoferowanego przez Siemens aparatu odwołujący zauważył, że brak jest informacji świadczącej o tym, iż cewka w części dedykowanej do badania głowy posiada 16 kanałów pomiarowych, obrazujących jednocześnie w badanym obszarze oraz informacji, że cewka posiada wymagane min. 12 kanałów pomiarowych, do badania głowy i szyi posiada 20 kanałów pomiarowych (w tym wymagane min. 16 kanałów). Wskazując na treść pkt 3.8 i 4.5 oferty odwołujący stwierdził, że w dokumentacji brak jest informacji, że zestaw 2 cewek dla całego tułowia posiada wymagane 60 kanałów pomiarowych w badanym obszarze, a w pkt 4.5 zaoferowano system z tylko 48 kanałami odbiorczymi czyli pomiarowymi co oznacza złożenie nieprawdziwej informacji w pkt 3.8 o 60 kanałach.

- Parametru opisanego w pkt 5.5 załącznika nr 6 dot. długości całkowitej gantry od przedniej do tylnej obudowy aparatu. Odwołujący wskazał na wymogi siwz, gdzie wskazano > 150 cm – 0 pkt, a ≤ 150 cm- 2 pkt. W ofercie Siemens podano 145 cm. W dokumentacji podaje się, że długość systemu wynosi 1,45 m, a nie ma żadnych informacji dotyczącej w/w długości całkowitej. Natomiast z informacji (s.54 dokumentacji) o głębokości oprzyrządowania magnesu z obudowami i stołem pacjenta – 405 cm i głębokości samego stołu pacjenta (249 cm) wskazuje że różnica stanowiąca długość całkowitą gantry wynosi ok. 155 cm, co oznacza niezasadne przyznanie 2 punktów za ten parametr.

Uzasadniając wniosek ewentualny o unieważnienie postępowania odwołujący wskazał na istotną wadę postępowania poprzez wprowadzenie dyskryminujących warunków,

co w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wobec wybranej oferty przy wskazanym ograniczeniu konkurencji ma wpływ na wynik postępowania. Powołał art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 146 ust. 6, art. 29 i zasadę z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, a także art. 58 § 1 kc i orzecznictwo sądowe wskazując na nieważność czynności prawnych ze sfery stosunków cywilnoprawnych dokonanych z naruszeniem prawa publicznego, w tym regulujących postępowanie poprzedzające zawarcie umowy.

Wskazał, że postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia poprzez takie sformułowanie warunków zamówienia (opis parametrów technicznych o charakterze granicznym i ocenianym), które narusza podstawowe zasady ustawy pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zarzuty dotyczące postanowień siwz są spóźnione w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. W ocenie odwołującego oferta przystępującego jest zgodna z treścią siwz, a zaoferowany system zawiera optymalne rozwiązania dla szpitala, a złożenie oferty przez tego wykonawcę nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że przy wyborze oferty kierował się kryteriami określonymi w siwz tj. cena – 50%, ocena techniczna – jakość – 40% i okres gwarancji – 10%, a sposób ten, znany wykonawcom, nie był przez nich kwestionowany. Zarówno w zakresie parametru granicznego, jakim była waga aparatu, jak i parametrów podlegających punktacji, stwierdził, że zaoferowane parametry zostały ocenione zgodnie z opisem siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, w tym treść oferty przystępującego, a także stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Odnosnie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia i ustalenia parametrów podlegających ocenie w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że odnoszą się one w istocie do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zostały podniesione z uchybieniem terminów ustawowych określonych w art. 182 ust. 2 ustawy pzp i w związku z przepisem art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie mogą być merytorycznie rozpatrzone. Izba zauważa, że postanowienia siwz w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były już przedmiotem odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1704/11 i zostały przez zamawiającego uwzględnione ze skutkiem w postaci modyfikacji siwz. Opis przedmiotu zamówienia, co oczywiste, jest czynnością zamawiającego, w której, uwzględniając postanowienia art. 29 ustawy pzp, precyzuje on swoje oczekiwania i wymagania co do zamawianego produktu. Nie można przy tym negować prawa zamawiającego do preferowania określonych rozwiązań technologicznych poprzez

stosowaną punktacją przy ocenie ofert, o ile jednak nie narusza to zasady określonej w art. 7 ustawy pzp. W ocenie składu orzekającego, niezależnie od wyżej wskazanej przesłanki formalnej wynikającej z terminu wniesienia zarzutu, opis przedmiotu zamówienia i zastosowana metoda oceny poszczególnych wymaganych granicznych, a także punktowanych parametrów technicznych, nie naruszyły zasad udzielania zamówień publicznych. Stwierdzić można, że tezę powyższą potwierdza również fakt złożenia przez odwołującego ważnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W zakresie twierdzenia, że złożenie oferty przez przystępującego zawierającej znacznie wyższą cenę od ceny ofertowej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznaje, że zarzut nie został udowodniony. Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu znane były kryteria oceny ofert ustalone w siwz, w szczególności nie budziły one zastrzeżeń, w szczególności stosunkowo wysokie znaczenie kryterium oceny technicznej określone na 40%, co mogło wskazywać na realną możliwość dokonania wyboru oferty nie będącej najtańszą. Fakt, że wybrana została oferta droższa jedynie potwierdził ziszczenie się takiej ewentualności i nie oznacza zajścia przesłanek uzasadniających tezę o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza, że cena wybranej oferty nie odbiega od oszacowania dokonanego przez zamawiającego jak i wycen szacunkowych podanych przez wykonawców, w tym odwołującego, w ramach rozeznania przez zamawiającego cen rynkowych.

Konsekwencją dokonanego stwierdzenia jest uznanie za nieuzasadnione, wywodzony z wyżej opisanych okoliczności, zarzut i żądanie unieważnienia postępowania, jako obciążonego wadą niemożliwą do usunięcia poprzez takie sformułowanie warunków zamówienia zawierających opis parametrów technicznych, które narusza zasady ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oдноśnie zarzutów odwołania, w których wskazano na niezgodność treści oferty z treścią wymogów siwz, Izba uznała, że są to zarzuty nieuzasadnione.

Potwierdza się stwierdzenie, że wymogiem granicznym w zakresie wagi całego aparatu (z wyposażeniem i ciekłym helem) określonym w siwz (pkt 1.7) była wielkość ≤ 6000 kg. W kwestionowanej ofercie podano ten parametr w wysokości 4798 kg MAGNETOM Aera A Tim+Dot System. W dokumentacji opisującej urządzenie istotnie zawarto informację Magnes 1,5 Tesli AS (z helem) waga 3118 kg i Oprzyrządowanie magnezu, w tym cewka gradientowa, cewka body, stół pacjenta Tim oraz obudowy – waga 4798 kg, wskazano ponadto wagę 1500 kg szafy z elektroniką, modułem sterowania, systemem RF, systemem pola gradientowego, procesorem obrazowania. Izba uznaje za wiarygodne twierdzenie zamawiającego i przystępującego, poparte również informacją producenta (z pisma złożonego na rozprawie), że za wagę aparatu należy uznać wielkość zadeklarowaną tj. 4798 kg, w której zawiera się również waga magnezu. Za istotną dla tego rozstrzygnięcia okoliczność należy też uznać argumentację celowościową sformułowania przedmiotowego

parametru wagi jako mającego odniesienie do wytrzymałości (nośności podłogi) pomieszczenia, w którym przewiduje się umieszczenie urządzenia, którego podstawowym elementem składowym jest magnes i jego bezpośrednie oprzyrządowanie. Z dokumentacji producenta wynika, że waga urządzenia w tym pomieszczeniu nazwanym pokojem badań mieści w wyżej wskazanym parametrze granicznym. W tym znaczeniu nieracjonalne byłoby dodawanie do wagi aparatu wagi pozostałych urządzeń przewidzianych do zlokalizowania w innym pomieszczeniu (wg nomenklatury producenta – pomieszczeniu technicznym.)

Odnosnie parametrów technicznych dotyczących cewek opisanych w pkt 3.2, 3.4., 3.8 (dedykowanych do badania głowy, głowy i szyi, całego tułowia (klatka piersiowa i jama brzuszna i miednica) Izba uznała, że w ofercie wykonawca zadeklarował spełnienie wymaganych parametrów w wielkość opisanych i wykazał na ich potwierdzenie treścią dokumentacji urządzenia prawdziwość tych informacji. Dodatkowym potwierdzeniem tych okoliczności faktycznych są informacje zawarta w piśmie producenta przedstawionym na rozprawie. Skład orzekający, wobec nie negowania tych informacji przez odwołującego, w tym również wyjaśnień przystępującego, że określenie „kanały pomiarowe” i „elementy cewek” używane w piśmie oraz w ofercie są pojęciami używanymi zamiennie, uznał przedmiotową okoliczność za udowodnioną przez przystępującego. Powyższe dotyczy także informacji w zakresie parametru długości gantry wskazanej w ofercie jako 145 cm.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i uznała, że wybrana oferta nie podlega odrzuceniu wobec potwierdzenia jej zgodności z treścią siwz.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: