

Sygn. akt: KIO 1551/11

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2011 r. przez wykonawcę **EDO MED Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Oddział Kraków w Krakowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **EDO MED Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EDO MED Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**
 - 2.2. zasądza od **EDO MED Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Oddział Kraków w Krakowie** kwotę **283 zł 00 gr** (słownie: dwieście osiemdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, montaż oraz uruchomienie urządzenia PET/CT dedykowanego do planowania radioterapii z opcją wirtualnej symulacji i gatingiem oddechowym wraz z zaprojektowaniem i przebudową pomieszczeń.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 lipca 2011 roku wykonawca EKO MED Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego się i unieważnieniu postępowania.

W ocenie odwołującego się zamawiający dokonując zaskarżonych czynności naruszył w prowadzonym postępowaniu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione przyjęcie, iż we wskazanym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego się;
- dokonanie czynności oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w wykonaniu wyroku KIO 1292/11 zamawiający odrzucił ofertę Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, przekazując zawiadomienie odwołującemu w tym zakresie faxem w dniu 11.07.2011. Jednocześnie zamawiający przesłał odwołującemu się informację, iż odrzuca jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkuje unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp - nie złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego się zamawiający podał, co następuje:

„Zamawiający żądał wskazania w ofercie nazwy oprogramowania do systemu laserów przeznaczonych do urządzenia, którego dostawa jest głównym przedmiotem zamówienia, co zostało sformułowane w siwz w sposób wyraźny. Przedmiot zamówienia / oferty oraz jego parametry zgodnie z pkt. 6.4 miały być opisane i podane zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz. W treści ww. załącznika, w pkt. 1.3.3 Zamawiający żądał podania: nazwy producenta i nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania. Wykonawca podał (str. 28 oferty lub str. 4/21 załącznika nr 1 do siwz) nazwę producenta, nazwę oferowanego systemu laserów, natomiast nie podał oferowanego oprogramowania do systemu laserów”.

Odwołujący się stwierdził, że bezspornym jest, iż wymogiem załącznika nr 1 do SIWZ pkt 1.3.3 było podane w ofercie przez wykonawcę nazwy producenta i nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania. Także poza sporem jest fakt, iż odwołujący we wskazanym zakresie /str. 28 oferty/ podał: Nazwa producenta: LAP GmbH Laser Applikationen, nazwa oferowanego systemu laserów i oprogramowania: LAP DORADO 4 PLUS.

Odmienność oceny zastosowanej przez zamawiającego i stanowiska odwołującego, co do spełnienia przedmiotowego wymogu wynika z faktu, iż:

-w myśl stanowiska zamawiającego przedstawionego w piśmie z dnia 11.07.2011 obowiązkiem wykonawcy było podanie nazwy systemu laserów i odrębnie oprogramowania,
-zaś w ocenie odwołującego wymóg podania nazwy systemu laserów i oprogramowania, w sytuacji, kiedy wykonawca oferuje standardowe oprogramowanie będące częścią składową systemu prowadzi się do wskazania jednej nazwy właściwej dla systemu laserów i oprogramowania, a taką w przypadku oferty Odwołującego jest LAP DORADO 4 PLUS.

W ocenie odwołującego jego oferta spełnia wymóg pkt. 1.3.3 zał. nr 1 do SIWZ, skoro nastąpiło wskazanie zarówno nazwy producenta (jednego, zarówno dla systemu laserów jak i oprogramowania), jak i nazwy systemu laserów i oprogramowania LAP DORADO 4 PLUS, jaką stosuje producent w swoich materiałach informacyjnych. Fakt, że oprogramowanie standardowe nosi nazwę ISOMARK nie zmienia faktu, iż dla systemu laserów i oprogramowania producent stosuje jedną nazwę - LAP DORADO 4 PLUS, która została wskazana w ofercie Odwołującego.

Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego się na zasadzie analogii odwołuje się do wyroku KIO 1292/11 z dnia 29 czerwca 2011 r. zapadłego w przedmiotowym postępowaniu, a potwierdzającego obowiązek odrzucenia przez Zamawiającego oferty Siemens Sp. z o.o. wobec nie wskazania w jej treści nazwy i modelu zaoferowanego urządzenia PET/CT. Takie stanowisko zamawiającego jest niedopuszczalne, jeśli zważyć na fakt, iż:

-w przypadku oferty Siemens niewskazanie nazwy i modelu dotyczyło podstawowego przedmiotu dostawy - skanera PET/CT. Wykonawca nie podał jakie konkretnie urządzenie oferuje, a jedynie wskazał, że będzie to bliżej nieokreślone urządzenie o parametrach odpowiadających wymaganiom zamawiającego;

-zaś w przypadku oferty Odwołującego nie mówimy o wymogu dot. skanera PET/CT, a akcesoriach (pkt. 1. 3 załącznika nr 1 do SIWZ), gdzie doszło do wskazania zarówno producenta systemu laserów i oprogramowania, jak i nazwy LAP DORADO 4 PLUS, która dotyczy skonkretyzowanego systemu laserów i standardowego oprogramowania. Tym samym w żaden sposób nie da się wywieść, iż niepodanie nazwy oprogramowania dla systemu laserów w ofercie Odwołującego nie dookreśla zobowiązania ofertowego.

Nawet gdyby przyjąć, iż twierdzenia i argumentacja odwołującego się przedstawione w pkt. 1 i 2 nie zasługują na uwzględnienie, to należy zauważyć, iż załącznik nr 1 do SIWZ formułujący wymagania graniczne (minimalne względem przedmiotu dostawy), w pkt. 1.3 Akcesoria ppkt. 1.3.3 stanowił o wymogach co do systemu laserów, nie stawiając minimalnych wymagań co do ich oprogramowania. Zatem nie da się postawić tezy, iż brak wskazania w ofercie nazwy oprogramowania (dot. akcesoriów, a nie głównego przedmiotu dostawy) nie pozwala na weryfikację jego zgodności z wymogami SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zatytułowanym: „Przedmiot zamówienia: dostawa, montaż wraz z adaptacją pomieszczeń oraz uruchomienia urządzenia PET/CT dedykowanego do planowania radioterapii z funkcją wirtualnej symulacji i gatingiem oddechowym w pkt 1 Wymagania ogólne ppkt 1.3.3. zamawiający wymagał m.in. podania nazwy producenta i nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania.

Odwołujący się wskazał:

Producent: LAP GmbH Laser Applikationen

Nazwa oferowanego systemu laserów i oprogramowania: LAP DORADO 4 PLUS.

Pismem z dnia 11 lipca 2011 roku zamawiający powiadomił odwołującego się o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu decyzji wskazał, że żądał wskazania w ofercie nazwy oprogramowania do systemu laserów przeznaczonego do urządzenia, którego dostawa jest głównym przedmiotem zamówienia, co zostało sformułowane w SIWZ w sposób wyraźny. Przedmiot zamówienia/oferty oraz jego parametry zgodnie z pkt. 6.4 miały być opisane i podane zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ. W treści ww. załącznika, w punkcie 1.3.3 zamawiający żądał podania: nazwy producenta i nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania. Wykonawca podał (str. 28 oferty lub str. 4/21 załącznika nr 1 do SIWZ) nazwę producenta, nazwę oferowanego systemu laserów, natomiast nie podał oferowanego oprogramowania do systemu laserów.

Kolejnym pismem z dnia 11 lipca 2011 roku zamawiający poinformował odwołującego się, że na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku ważnej oferty na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czynności zamawiającego zostały przez odwołującego się zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2011 roku odwołujący się przedstawił fragment Instrukcji obsługi DORADO 3 i 4 PLUS, z której wynika, że standardowa wersja systemu DORADO zawiera między innymi: 2 lasery boczne oraz komputer PC z oprogramowaniem ISOMARK.

Zamawiający na rozprawie przedstawił oświadczenie LAP GmbH Laser Applikationen, w którym potwierdzono, że DORADO 4 PLUS system laserowy wymaga oprogramowania CARINAsim lub ISOMARK do sterowania systemem laserowym. Przedstawił również deklaracje zgodności z normami Unii Europejskiej CE dla produktów: LAP DORADO 4 PLUS czerwony/zielony, CARINAsim, ISOMARK.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty, przy czym oferta złożona przez Siemens Sp. z o.o. w Warszawie została odrzucona w wykonaniu wyroku KIO z dnia 29 czerwca 2011 roku (sygn. akt KIO 1292/11). W przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący się prawdopodobnie uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Analiza treści opisu zawartego w ppkt. 1.3.3 opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że zamawiający wymagał podania nazwy producenta i nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania. Z powyższego wynika, że:

- 1) Zamawiający żądał podania nazwy producenta (i jest to okoliczność bezsporna pomiędzy stronami),
- 2) Zamawiający żądał podania nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania.

Drugie z wymienionych żądań zostało odmiennie zinterpretowane przez strony postępowania. Odwołujący się podnosił, że w opisie żądania zamawiający posłużył się koniunkcją dwóch zdań, to jest: żądaniem wskazania nazwy producenta (zdanie pierwsze) oraz żądaniem wskazania nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania (zdanie

drugie). Z kolei argumentacja zamawiającego zmierzała do wykazania, iż w istocie były tam trzy niezależne zdania równoważne, bo połączone spójnikiem „i”: żądanie wskazania nazwy producenta (zdanie pierwsze), żądanie wskazania nazwy systemu laserów (zdanie drugie) i wreszcie – żądanie wskazania nazwy oprogramowania (zdanie trzecie).

W ocenie Izby wykładni tego zapisu należy dokonać w oparciu o kontekst, któremu sformułowane żądanie miało służyć. Argumentacja odwołującego się byłaby uzasadniona w sytuacji, gdyby oferowany przez wykonawcę system laserów i oprogramowania był jednym produktem, noszącym jedną nazwę, przy czym niemożliwe byłoby dokonanie zamiany jednego z komponentów (w tym przypadku oprogramowania) na inny. W takim przypadku jednakże zamawiający nie musiałby formułować żądania w sposób nakazujący wykonawcom wskazanie nazwy systemu laserów i oprogramowania, lecz ograniczyłby się do żądania jedynie nazwy systemu laserów.

Przedstawione na rozprawie przez obydwie strony dowody uzasadniają odmienne stanowisko aniżeli to, które prezentuje odwołujący się. I tak z przedstawionej przez odwołującego się Instrukcji obsługi DORADO 3 i 4 PLUS wynika, że zaoferowany przez niego system DORADO wyposażony jest w oprogramowanie noszące nazwę ISOMARK. Oznacza to, że nazwa systemu nie jest taka sama, jak nazwa oprogramowania, a zatem odwołujący się, wskazując w ppkt. 1.3.3 nazwę DORADO 4 PLUS nie wskazał nazwy oprogramowania. Stanowiska odwołującego się nie uzasadnia argumentacja (poparta wzmiankowaną Instrukcją obsługi), iż oprogramowanie ISOMARK składa się na standardową wersję systemu DORADO. W szczególności należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie musi mieć wiedzy co do standardowego wyposażenia oferowanego systemu, dlatego też sformułował żądanie wskazania nazwy oferowanego oprogramowania. Po drugie – z faktu, że producent ustalił, co składa się na standardowe wyposażenie systemu jeszcze nie wynika, iż odwołujący się dokładnie takie wyposażenie zaoferował. Zważyć należy, że zamawiający nie żądał przedstawienia kart katalogowych oferowanych urządzeń, lecz wymagał ich opisanie w sposób wskazany w SIWZ.

Z oświadczenia producenta – LAP GmbH Laser Applikationen wynika, że system DORADO 4 PLUS sterowany jest za pomocą oprogramowania CARINAsim lub ISOMARK. Przedstawione deklaracje zgodności produktów z normami Unii Europejskiej CE nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że system LAP DORADO 4 PLUS oraz oprogramowania: ISOMARK i CARINAsim to trzy odrębne produkty, a zatem zaoferowanie samego systemu DORADO nie jest równoznaczne z zaoferowaniem oprogramowania. Zamawiający dokonując oceny ofert nie powinien mieć wątpliwości co do tego, czy wykonawca zaoferował oprogramowanie ISOMARK, czy CARINAsim, czy jakiegokolwiek inne

oprogramowanie bądź też, czy w ogóle nie zaferował żadnego oprogramowania. Informacje takie powinny w sposób oczywisty wynikać z oferty wykonawcy albowiem dotyczą *stricto* przedmiotu zamówienia.

Brak wymaganej informacji w zakresie oferowanego oprogramowania uzasadnia stwierdzenie, że treść oferty odwołującego się nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak ten nie może zostać uzupełniony ani w drodze wyzwania wykonawcy do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani też wyjaśnienia jej treści na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. W obu przypadkach prowadziłyby to do nieuprawnionej zmiany treści oferty. Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odrzucenie jedynej pozostałej w postępowaniu oferty uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W tym zakresie czynności zamawiającego Izba uznała za słuszne i prawnie uzasadnione.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego się o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu w wysokości 536 zł oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą w wysokości 3600 zł. Zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania koszty związane z dojazdem na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika winny być określone w przedłożonych do akt sprawy rachunkach. Rachunki złożone przez zamawiającego się opiewały na kwotę 283 zł kosztów dojazdu i taka też kwota została na rzecz zamawiającego zasądzona. Rachunku potwierdzającego fakt poniesienia kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiający nie przedłożył.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....