Sygn. akt: KIO 421/15

WYROK
z dnia 16 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2015 r. przez wykonawcę **Labo Clinic Sp. z o.o. sp.k., ul. Dworcowa 41A/2, 10–437 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Szpital Kliniczny MSW w Warszawie, ul. Wołoska 137, 02–507 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., ul. Grabiszyńska 251A, 53-234 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Labo Clinic Sp. z o.o. sp.k., ul. Dworcowa 41A/2, 10–437 Olsztyn** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.**

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 421/15

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu niegraniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i sukcesywną dostawę systemu implantu zakotwiczonego w kości z procesorem słuchu do ubytków słuchu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lutego 2015 r. pod numerem 26272 – 2015.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ramach zadania nr 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przejawiające się w odrzuceniu oferty Wykonawcy na skutek bezzasadnego przyjęcia, iż treść oferty Wykonawcy nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ")w zakresie punktu 4.1 Szczegółowego opisu tematu zamówienia;
2. naruszenie art 91 ust 1 w zw. z art 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w specyfikacji i nie stanowi jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zgłosił również wniosek o zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż punkcie 4.1 Szczegółowego opisu tematu zamówienia Zamawiający wymagał, aby przedmiot

zamówienia spełniał określony parametr. Dalej Odwołujący podał, że uzupełniając załączoną do oferty tabelę, zawierającą parametry przedmiotu zamówienia, zaznaczył w sposób wyraźny, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia będzie spełniał ten wymóg. Zdaniem Odwołującego, z treści postanowień SIWZ nie wynika w jakimkolwiek stopniu, ażeby Zamawiający oczekiwał już na etapie składania ofert podania nazwy ubezpieczyciela/ubezpieczycieli oraz oferty/ofert ubezpieczenia/ubezpieczeń procesora od zniszczenia i kradzieży oraz danych kontaktowych do konkretnej osoby będącej przedstawicielem firmy oferującej ubezpieczenie procesora. Zamawiający nie wymagał realizacji przez Wykonawcę dostaw implantów wraz z polisą ubezpieczeniową, bowiem przedmiot zamówienia miał zostać ubezpieczony we własnym zakresie przez

Zamawiającego lub jego pacjentów dopiero po dostarczeniu procesora dla konkretnego pacjenta, w związku z czym oczekiwał on dostawy implantów z informacją dotyczącą oferty ich ubezpieczenia.

W ocenie Odwołującego, sposób opisu przedmiotu zamówienia oraz zasady doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, że wymóg podania informacji o ofercie ubezpieczenia implantów miał zostać spełniony przy ich dostawie. Odwołujący wskazał, że parametry wymagane przedmiotu zamówienia określają cechy, którym powinien odpowiadać przedmiot zamówienia w dniu jego dostawy, zaś warunki dotyczące ubezpieczenia implantów nie stanowiły elementu opisu zamówienia, w związku z czym Wykonawca nie był zobowiązany do ich podania w rubryce przeznaczonej na opis parametrów wymaganych. Nazwy ubezpieczyciela/ubezpieczycieli oraz oferty/ofert ubezpieczenia /ubezpieczeń procesora od zniszczenia i kradzieży oraz danych kontaktowych do konkretnej osoby będącej przedstawicielem firmy oferującej ubezpieczenie procesora nie stanowiły danych objętych parametrem wymaganym i nie podlegały jakiejkolwiek ocenie ze strony Zamawiającego, a tym samym podanie ich w ofercie nie było przewidziane przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby błędnie przyjąć, że intencją Zamawiającego było, aby Wykonawca podał w treści oferty konkretne dane dotyczące ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, to powinien określić taki wymóg w sposób wyraźny i precyzyjny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający powinien dochować należytej staranności w formułowaniu zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, czy wzoru przyszłej umowy bądź istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ma to znaczenie dla późniejszej oceny zgodności złożonych ofert z postanowieniami wyspecyfikowanymi przez zamawiającego. Zamawiający jest zatem zobowiązany tak sformułować poszczególne postanowienia SIWZ, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie są oczekiwania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych czy nieprecyzyjnych sformułowań zamieszczonych w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1388/14).

Niezależnie od wyżej przytoczonej argumentacji Odwołujący stwierdził, iż brak podania w ofercie nazwy ubezpieczyciela/ubezpieczycieli oraz oferty/ofert ubezpieczenia/ubezpieczeń procesora od zniszczenia i kradzieży oraz danych kontaktowych do konkretnej osoby będącej przedstawicielem firmy oferującej ubezpieczenie procesora, przy jednoczesnym złożeniu przez Wykonawcę oświadczenia o spełnieniu tego wymogu (parametru), nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy jako sprzecznej z SIWZ. Mianowicie, jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej,

o sprzeczności oferty z SIWZ można mówić w takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, co nie musi być automatycznie utożsamione z „przemilczeniem" lub pominięciem w kosztorysie pewnych pozycji lub zaniechaniem ich wyceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 354/13). Odwołujący dalej, za powołanym wyrokiem Izby podał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w SIWZ, a następnie

uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a z drugiej wybór oferty najkorzystniejszej, spełniającej wyartykułowane w SIWZ oczekiwania. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 193/13).

Reasumując, Odwołujący przytoczył uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 218/11, zgodnie z którym aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ. Zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, Odwołujący zauważył, iż Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji złożonej przez Wykonawcę oferty, bowiem jeśli jego intencją - choć niewyrażoną wprost - było uzyskanie od wykonawców informacji o ubezpieczeniu procesora już na etapie składania ofert, to powinien on wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie. Przy błędnym założeniu, iż treść SIWZ nakładała obowiązek podania przez Wykonawcę

konkretnych danych odnośnie ubezpieczenia, to uzupełnienie przez Wykonawcę rubryki 4.1 poprzez złożenie oświadczenia o spełnieniu tego wymogu i przekopiowanie treści parametru do rubryki z opisem, nie mogło zostać potraktowane jako oczywista i nieusuwalna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ skutkująca odrzuceniem oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Szczegółowym opisie tematu zamówienia, stanowiącym załącznik do SIWZ, sformułował wymagania względem przedmiotu zamówienia. I tak, w pkt. 4.1 wymóg brzmiał: „Podanie *nazwy ubezpieczyciela/ubezpieczycieli oraz oferty/ofert ubezpieczenia/ubezpieczeń procesora od zniszczenia i kradzieży. Podanie danych kontaktowych do konkretnej osoby będącej przedstawicielem firmy oferującej ubezpieczenie procesora."* Zaś, w pkt. 3.8 Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca *po podpisaniu umowy przekaże Zamawiającemu najnowsze oprogramowanie do dopasowania procesora z instrukcją jego obsługi, oraz aplikację umożliwiającą dopasowanie procesora."*

Podane przez Zamawiającego wymogi Zamawiający opisał w punktach ogólnie wskazując, że są to parametry wymagane. Rolą wykonawcy było złożenie oświadczenia w odniesieniu do każdego z wymienionych parametrów, czy oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego oraz jego opisanie.

Pismem z dnia 12 lutego 2015 r. Zamawiający na pytanie Odwołującego o treści: „Odnosząc *się do wymagań zawartych w tabelach Szczegółowego Opisu Tematu Zamówienia zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający dopuści alternatywne rozwiązanie, jakim jest system o poniższej specyfikacji. W poniższej tabeli odnosimy się do każdego punktu specyfikacji, proponując takie samo rozwiązanie lub rozwiązanie alternatywne"* udzielił odpowiedzi. Istotne jest jednak, że Odwołujący przytaczając wymogi Szczegółowego opisu tematu zamówienia nie zaproponował względem pkt 4.1 żadnych zmian.

Odwołujący dołączając do oferty Szczegółowy opis tematu zamówienia co do spornego wymogu odpowiedział „tak", nie wskazał natomiast informacji wymaganych przez

Zamawiającego a w miejscu przeznaczonym na opis parametru przez wykonawcę przekopiował jedynie sporny wymóg.

Pismem z dnia 26 lutego Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na postawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że: „Zamawiający *w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 4.1 wymagał* „Podania *nazwy ubezpieczyciela/ubezpieczycieli oraz oferty/ofert ubezpieczenia/ubezpieczeń procesora od zniszczenia i kradzieży. Podanie danych kontaktowych do konkretnej osoby*

będącej przedstawicielem firmy oferującej ubezpieczenie procesora." Wykonawca w pkt. 4.1 nie podał żadnych *informacji w odniesieniu do wymaganego parametru, tylko przekopiował treść wymagań podanych przez Zamawiającego. Ponadto, Wykonawca w* żadnym *innym miejscu oferty nie podał wymagań zgodnych z zapisami SIWZ."*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż nie znajdują uzasadnienia twierdzenia Odwołującego jakoby Zamawiający oczekiwał podania spornych informacji dopiero przy dostawie. Gdyby w istocie taka była intencja Zamawiającego z pewnością Zamawiający przedmiotowych informacji nie objąłby treścią Szczegółowego opisu tematu zamówienia, który to dokument, po odpowiednim uzupełnieniu przez wykonawcę stanowił treść oferty. Ponadto, stanowisku Odwołującego przeczy i ta okoliczność, że w rzeczonym dokumencie wymogi Zamawiającego, które były związane z realizacją zamówienia, Zamawiający wprost określił. Zatem nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że sporny wymóg nie powinien być spełniony na etapie składania ofert, skoro Zamawiający w przypadku, kiedy oczekiwał jedynie potwierdzenia na etapie składania ofert, że określony wymóg jest spełniony, ale jego realizacja nastąpi w związku z wykonywaniem zamówienia w sposób jednoznaczny to wskazał.

Zdaniem Izby, z faktu, że w Szczegółowym opisie tematu zamówienia wymogi sformułowane przez Zamawiającego zostały określone terminem parametry nie można wywodzić, że skoro sporny wymóg nie jest parametrem to jego znaczenie dla oceny treści oferty pod kątem niezgodności z SIWZ nie ma żadnego znaczenia. Przyjęcie bowiem stanowiska Odwołującego prowadziłoby do wniosku, że co nie stanowi desygnatu parametru jest nieistotne dla oceny oferty, a więc nie musi być spełnione. Twierdzenie to z pewnością jest zbyt daleko idące, bowiem treść oferty nie jest ograniczona jedynie do cech przedmiotu zamówienia.

Analiza treści spornego pkt 4.1 prowadzi do wniosku, że wykonawca winien na etapie składania ofert wykazać, że oferowany przedmiot zamówienia może być objęty ubezpieczeniem od zniszczenia i kradzieży. Sformułowanie wymogu wobec przedmiotu dostawy w postaci podania nazwy ubezpieczyciela, oferty ubezpieczenia i danych kontaktowych do firmy oferującej ubezpieczenie nie inaczej może być odczytywane jak oczekiwanie Zamawiającego, że oferowane urządzenie taką cechę posiada. Natomiast, w ocenie Izby, twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca winien legitymować się ubezpieczeniem oferowanego urządzenia nie znajduje uzasadnienia. Stąd też wniosek dowodowy Przystępującego w tym zakresie został oddalony.

Dla Izby jasne jest na tle spornego postanowienia, że Zamawiający żądając przedmiotowych informacji chciał mieć pewność, iż w przypadku dostawy oferowanego produktu objęcie go ubezpieczeniem będzie możliwe. Zamawiający na rozprawie wskazał powody, dla których sformułował taki wymóg, a więc, że koszty implantu są refundowane przez NFZ jedynie w sytuacji, w której jego procesor jest ubezpieczony. Odwołujący zadając pytania względem treści SIWZ w tym zakresie nie zgłaszał jakichkolwiek wątpliwości ani żądań. Biorąc powyższe pod uwagę, dla profesjonalnego wykonawcy winno być oczywiste, jakie jest oczekiwanie Zamawiającego w tym przedmiocie i w jaki sposób należy je spełnić. Stąd też, w ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, sporne postanowienia nie są nieprecyzyjne.

W ocenie Izby, za niewystarczające należy uznać wskazanie na spełnienie wymagań

Zamawiającego w sposób formalny, nie dając Zamawiającemu, wbrew wyartykułowanemu obowiązkowi, możliwości weryfikacji oświadczenia wykonawcy. Odwołujący wobec wymogu podania nazwy ubezpieczyciela, jego oferty i danych kontaktowych odpowiada słowem „tak", po czym żadnych informacji nie podaje, a w miejscu przeznaczonym na opis kopiuje wymóg Zamawiającego. Tym samym uniemożliwia Zamawiającemu sprawdzenie, czy w istocie oferowany przez niego produkt może być ubezpieczony. Zwrócić należy uwagę, że podanie nazwy ubezpieczyciela przez Odwołującego stanowiłoby jednoznaczne wskazanie, jaki podmiot podjął się ochrony ubezpieczeniowej, a tym samym, że uzyskanie ubezpieczenia jest możliwe. Odwołujący pozbawiając zaś Zamawiającego przedmiotowych informacji w istocie oczekuje, że Zamawiający przyjmie jedynie formalne oświadczenie Odwołującego, które wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie może być interpretowane jako spełnienie wymogu, skoro na polecenie o podanie konkretnych informacji odpowiada - „tak".

Przebieg rozprawy i brak inicjatywy dowodowej ze strony Odwołującego zdaje się raczej potwierdzać stanowisko Zamawiającego, że nie ma pewności co do tego, że oferowane urządzenie będzie mogło być ubezpieczone, bo z pewnością w chwili obecnej Odwołujący takiego ubezpieczenia nie posiada. Odwołujący nie wykazał możliwości objęcia ubezpieczeniem oferowanego produktu na moment składania oferty, uchylając od podania Zamawiającemu istotnych dla niego informacji i nie czyni tego również w toku postępowania odwoławczego.

Wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w tym przedmiocie w istocie prowadziłoby do uzupełnienia treści oferty i sanowania określonego braku oferty co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że rolą wykonawcy jest potwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ za pomocą instrumentów wskazanych przez Zamawiającego już na etapie jej składania, a nie oczekiwanie dopuszczenia jej uzupełnienia po terminie składania ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł.

Przewodniczący: ……