Sygn. akt: KIO 1319/15

WYROK
z dnia 6 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2015 r. przez wykonawcę KENDROLAB spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy "ALAB" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża KENDROLAB spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez KENDROLAB spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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.

Skład orzekający

Sygn. akt: KIO 1319/15

UZASADNIENIE

W postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu na *„dostawę montaż, podłączenie do istniejących instalacji i uruchomienie niezbędnych urządzeń laboratoryjnych oraz dostawa i uruchomienie Upgrade ' u Systemu ISBT 128 z drukarkami etykiet, na potrzeby funkcjonowania nowego budynku Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, przy ul. Borowskiej 213 we Wrocławiu w ramach realizacji projektu pn.: „Ponadregionalne Centrum Onkologii Dziecięcej we Wrocławiu – „Przylądek Nadziei". Rozbudowa Akademickiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu o nowy blok Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej". Projekt współfinansowany przez Unię Europejską ze* środków *Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Infrastruktura i* Środowisko", w zakresie części trzeciej złożone zostało odwołanie przez Kendrolab spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wobec wyboru jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [SIWZ] oferty złożonej przez Alab spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alab, która to oferta jest niezgodna z SIWZ, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty Alab, która to oferta winna podlegać odrzuceniu, a także zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Kendrolab, która to oferta powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza jest bowiem jedyną ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertą, a także art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty, która powinna podlegać odrzuceniu, co narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Alab, odrzucenie oferty Alab jako niezgodnej z treścią SIWZ, dokonanie ponownej oceny ofert oraz wybór jako oferty

najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kendrolab Sp. z o.o. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że zarówno w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jak i Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie wymagano dostarczenia takiego samego przedmiotu zamówienia tj. Inkubatora C02 do hodowli komórkowych z automatycznym systemem termicznej sterylizacji komory, filtrem HEPA w linii zasilania C02, z przełącznikiem butli GM2. Wymagania obu Zamawiających dotyczące przedmiotu zamówienia były sprecyzowane niemalże identycznie, a Alab w obu postępowaniach zaoferował te same urządzenia. Postanowieniem z dnia 22 maja 2015 r. w sprawie o sygn. KIO 954/15 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego a zarzutem odwołania w tej sprawie było naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez wybór oferty Alab, która to oferta powinna być odrzucona

---

z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. Do tamtego postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca – Alab, który następnie nie zgłosił sprzeciwu, w celu obrony swojej oferty, co wskazuje, iż miał pełną świadomość, co do niezgodności jego oferty ze specyfikacją. Mając możliwość obrony swojej oferty w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze KIO 954/15 poprzez złożenie sprzeciwu, z pełną świadomością Alab tego sprzeciwu nie złożył, co wskazuje, iż miał pełną świadomość, iż jego oferta nie spełnia wymagań SIWZ. Skoro w identycznym niemalże postępowaniu Alab na ten sam przedmiot zamówienia świadomie nie broni swojej oferty, oznacza to niezgodność tej oferty z SIWZ, co powinno także przełożyć się na niniejsze postępowanie, bowiem zarówno przedmiot zamówienia, jak i wymogi Zamawiających są takie same.

Ponadto Alab w swoim wyjaśnieniu będącym odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego wskazał, iż urządzenie będzie miało specjalny konwerter. Po pierwsze, trudno polemizować z takim „nieznaczącym" i niesprecyzowanym sformułowaniem. Po drugie, weryfikacja treści oferty przez Zamawiającego nie może opierać się tylko i wyłącznie na przyjęciu wyjaśnień wykonawcy. Zamawiający winien zbadać co to za „specjalny" konwerter i czy rzeczywiście umożliwi spełnienie wymagań, co w opinii Odwołującego nie jest możliwe, czy też tylko rozwiązanie specjalnego konwertera przyjęto tylko i wyłącznie na potrzeby wyjaśnień wykonawcy Alab. Zdaniem Odwołującego, zastanawiające jest, iż Zamawiający nie próbuje ustalić w jaki sposób będzie działał ten specjalny konwerter, aby zweryfikować wyjaśnienia z rzeczywistością a poprzestaje na przyjęciu wyjaśnień bez jakiejkolwiek merytorycznej ich oceny.

W zakresie dotyczącym niezgodności oferty z SIWZ Odwołujący podał, że zaoferowane przez Alab urządzenie Forma Steri–Cycle i160 nie spełnia wymagań określonych w SIWZ przez Zamawiającego. Zgodnie z załączonym przez oferenta oryginalnym prospektem producenta [strony 52 i 53 oferty] urządzenie Forma Steri–Cycle i160 wyposażone jest w interface USB i opcjonalnie interface analogowe 4 do 20 mA i nie posiada interface RS 232. Pomimo to, oferent Alab na stronie 12 oferty potwierdził niezgodnie z prawdą i załączonym prospektem wyposażenie urządzenia w interface RS 232.

Odwołujący podkreślił, iż część 3 przedmiotowego postępowania dotyczyła dostawy „Inkubatora C02 do hodowli komórkowych z automatycznym systemem termicznej sterylizacji komory, filtrem HEPA w linii zasilania C02, z przełącznikiem butli GM2". W Arkuszu Informacji Technicznej, będącym załącznikiem nr 2.3 do SIWZ część nr 3 Zamawiający w pkt 1 – „Cechy charakterystyczne" Zamawiający wymagał aby urządzenie posiadało *„sterowanie mikroprocesorowe z panelem dotykowym, cyfrowym wyświetlaczem parametrów pracy / zadanych, rejestracją warunków hodowli w pamięci wewnętrznej,*

---

interface RS 232 oraz opcjonalnie interface USB". Wykonawca Alab zaoferował inkubator typu Forma Steri–Cycle i160, które nie spełnia wymagań określonych w SIWZ przez Zamawiającego. Potwierdza to przede wszystkim załączony przez Wykonawcę Alab prospekt producenta. Ze strony 52 i 53 tego prospektu wynika, iż urządzenie Forma Steri–Cycle i160 wyposażone jest w interface USB i opcjonalnie interface analogowe 4 do 20 mA i nie posiada interface RS 232, którego wymagał Zamawiający. Zatem nawet sam producent

urządzenia w swoich prospektach wskazuje, iż nie posiada ono cech wymaganych przez Zamawiającego, a wskazanych przez Wykonawcę Alab. Oferta Wykonawcy Alab winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezgodna z SIWZ, gdyż nie posiada wszystkich wymaganych przez Zamawiającego wymogów określonych przez Zamawiającego. Wykonawca Alab zaoferował tym samym urządzenie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Alab sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

W dacie 3 lipca 2015 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaś wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec tego uwzględnienia zgłosił sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

Ustalono następnie, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania – Arkuszu Informacji Technicznej, będącym załącznikiem nr 2.3 do SIWZ część nr 3 Zamawiający w pkt 1 – „Cechy charakterystyczne" Zamawiający postawił wymaganie, by urządzenie posiadało *„sterowanie mikroprocesorowe z panelem dotykowym, cyfrowym wyświetlaczem parametrów pracy / zadanych, rejestracją warunków hodowli w pamięci wewnętrznej, interface RS 232 oraz opcjonalnie interface USB".*

W odpowiedzi na tak opisane wymaganie wykonawca Alab sp. z o.o. w Warszawie

zaoferował urządzenie Forma Steri–Cycle i160, wskazując w wymaganym przez Zamawiającego zestawieniu cech i parametrów, że urządzenie posiada m.in. interface RS 232. Wykonawca załączył także prospekt producenta, z którego nie wynika posiadanie przez urządzenie spornego interface. Prospekt, ani inny tego rodzaju dokument nie był wymagany przez Zamawiającego w postępowaniu, został złożony przez wykonawcę z własnej inicjatywy i ponad potrzebę wynikającą z opisu wymagań stawianych w SIWZ.

Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty wykonawca podał, że przewiduje zastosowanie specjalnego konwertera. Na rozprawie wykonawca Alab sp. z o.o. podtrzymywał powyższe stanowisko co do założonego rozwiązania w zakresie interface RS 232 a także podawał, że możliwe jest zastosowanie interface wirtualnego, który zapewnia spełnienie wymagania Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę postawione zarzuty, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione. Wnioski wywodzone przez Odwołującego, nie mogły spowodować uznania oferty Alab sp. z o.o. w Warszawie za niezgodną z SIWZ.

Odwołujący zarzucił niezgodność oferty złożonej przez Alab sp. z o.o. w Warszawie z SIWZ w zakresie interface RS 232 którego, zdaniem Odwołującego, zaoferowane urządzenie nie posiada.

W odniesieniu do podniesionych zarzutów oraz argumentacji przywołanej na ich poparcie, podkreślenia wymaga, że fakt, iż w innym postępowaniu, prowadzonym przez innego zamawiającego [Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie] postawione wobec oferowanego urządzenia zarzuty zostały uznane przez zamawiającego w postepowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 954/15 i że wobec tego uwzględnienia zarzutów wykonawca Alab sp. z o.o. w Warszawie nie wniósł sprzeciwu, nie oznacza, że oferowane urządzenie jest

niezgodne z SIWZ. Czynności innego zamawiającego w innym postępowaniu oraz będące ich następstwem zachowanie wykonawcy nie kreują bowiem precedensu w postaci konieczności takiej samej oceny w innym postępowaniu. Ponadto, nie sposób tracić z pola widzenia tego, że uwzględnienie zarzutów odwołania jak i niewniesienie wobec niego sprzeciwu przez zainteresowanego wykonawcę może mieć różne przyczyny i wynikać z przyjęcia określonej taktyki procesowej, która będzie niezależna od zasadności lub nie podniesionych zarzutów. Uwzględnienie zarzutów oraz wniesienie sprzeciwu stanowią bowiem czynności procesowe, które nie przesądzają jeszcze o tym, czy oferta jest zgodna z SIWZ lub nie. Zatem sam fakt uwzględnienia w innym postępowaniu analogicznych zarzutów, czego wykonawca Alab sp. z o.o. w Warszawie nie kwestionował nie stanowi jeszcze samo przez się potwierdzenia zarzutów w rozpatrywanym postępowaniu. Także

w tym postępowaniu uwzględnienie zarzutów odwołania nie zostało opatrzone argumentacją, obrazującą motywację kierującą Zamawiającym. Fakt, że Zamawiający podzielił zarzuty wskazujące na niezgodność oferty Alab sp. z o.o. w Warszawie po wniesieniu odwołania, mimo że pełnię informacji o treści oferty wykonawcy miał już po uzyskaniu wyjaśnień, zdaje się wskazywać, że stwierdzenie niezgodności oferty służy raczej uniknięciu kosztów postępowania, aniżeli jest wynikiem przekonania co do takiej niezgodności.

Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest bowiem wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ.

Nie sposób zatem w tym miejscu tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia – tu: dostawy określonego, spełniającego postawione przez Zamawiającego wymagania przedmiotu – w przyszłości. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie [opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Rozważanie złożonej przez wykonawcę deklaracji, wbrew jej treści wyartykułowanej w postępowaniu, w istocie sprowadza się do odgadywania intencji wykonawcy zaoferowania przedmiotu niegodnego z SIWZ na podstawie nie wyartykułowanych w ofercie okoliczności. Przypomnienia wymaga, że w sprawie mamy do czynienia z ofertą kierowaną w konkretnym postępowaniu, zaś samo oświadczenie o oferowanym przedmiocie ma znaczenie oświadczenia o charakterze zobowiązaniowym, składanym w warunkach konsekwencji wynikających z umowy, w tym kar umownych czy nawet odstąpienia od umowy. Poszczególni wykonawcy składając tego rodzaju

oświadczenia, czynić to muszą z uwzględnieniem konsekwencji o charakterze umownym, w tym dolegliwości związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Niezgodność dostarczonego przedmiotu z SIWZ, dostrzeżona na etapie wykonania umowy musi skutkować nałożeniem przewidzianych w SIWZ oraz przepisach prawa cywilnego sankcji.

Przez ten pryzmat muszą być także rozpatrywane oświadczenia w ofercie. Postępowanie o zamówienie publiczne stanowi bowiem mechanizm służący wyborowi

wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa, co z perspektywy Zamawiającego sprowadza się do analizy oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonania zamówienia w sposób zaprezentowany w postępowaniu. Zatem to oświadczenie, podlega ocenie przez pryzmat zgodności z SIWZ. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań stawianych treścią SIWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności; nie może opierać się na dedukcji czy domysłach.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający dla stwierdzenia zgodności oferty z SIWZ wymagał zestawu oświadczeń, w których wykonawca potwierdzi, że dostarczany na etapie wykonania umowy przedmiot będzie posiadał określone cechy i funkcjonalności Takie oświadczenia wykonawca Alab sp. z o.o. w Warszawie złożył.

Tym samym, oferta Alab sp. z o.o. w Warszawie, rozumiana jako zobowiązanie się przez wykonawcę do dostarczenia przedmiotu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego w pełni odpowiada treści SIWZ: wszystkie oświadczenia tego wykonawcy odpowiadają na postawione przez Zamawiającego wymagania i potwierdzają je.

Zamawiający nie wymagał przy tym złożenia jakichkolwiek dokumentów opisujących oferowany przedmiot, czy też jego próbki, co oznacza dla oceny zgodności oferty z SIWZ musi polegać na tych dokumentach i oświadczeniach które opisują oferowany przedmiot. Złożony – ponad wymagania stawiane w postępowaniu – prospekt opisujący urządzenie nie może przy tym być wystarczający dla definitywnego stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia stawia określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu oraz wskazuje w SIWZ narzędzia, za pomocą których dokona badania zgodności oferty z jego wymaganiami. Zamawiający, uwzględniając w konkretnym wypadku charakter postępowania i zamawianego przedmiotu może w takim wypadku wymagać złożenia określonych dokumentów, jakie zwykle wydawane są tego rodzaju przedmiotowi [katalogi, ulotki, świadectwa zgodności, certyfikaty] a także próbek, może także poprzestać na oświadczeniach wykonawców.

W analizowanej sprawie Zamawiający postawił jednak wymaganie, aby złożona oferta opatrzona została opatrzona jedynie oświadczeniami, że oferowany przedmiot spełnia wymagania postawione w odpowiednich punktach opisu przedmiotu zamówienia.

Z powyższego wynika, że zobowiązanie zawarte w ofercie o zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ zostało przewidziany w postępowaniu jako element mechanizmu, służącego zbadaniu zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. Skoro takie zobowiązanie zostało przez Alab sp. z o.o. w Warszawie zawarte w ofercie, nie sposób mówić o niezgodności oferty z SIWZ. Wykonawca też wyjaśnił na wezwanie Zamawiającego rozwiązanie co do spornego interface RS 232, to jest, że zakłada zastosowanie specjalnego konwertera dającego możliwość realizacji funkcji interface RS 232.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający w postawionym wymaganiu, mówiącym o konieczności posiadania przez oferowane urządzenie interface RS 232 nie wskazał, w jaki sposób powyższe wymaganie ma być spełnione, nie zakreślił sztywnych ram, wskazujących, że sporna funkcjonalność może być wypełniona jedynie w wyniku posiadania gniazda odpowiedniego typu, bez możliwości stosowania adaptera pozwalającego na realizację tej funkcjonalności. Akcent postawionego wymagania wskazuje, że Zamawiającemu chodziło nie tyle o posiadanie określonego gniazda jako takiego, ale możliwość wykorzystywania urządzenia w taki sposób, który pozwoli realizować potrzeby, gdy takie gniazdo, czy też interfejs będzie potrzebny. Sposób realizacji funkcjonalności ma znaczenie drugorzędne, co potwierdza – z jednej strony – brak w SIWZ wyraźnego zastrzeżenia wyłączającego zastosowanie konwertera, z drugie zaś – fakt akceptacji takiego rozwiązania zaprezentowanego w ramach wyjaśnień Alab sp. z o.o. w Warszawie.

W świetle ustalonych okoliczności, Zamawiający musi polegać na oświadczeniach

wykonawcy, te bowiem mają walor oświadczeń woli. Natomiast, jeśli by się okazało, że na etapie dostawy oferowany przedmiot nie będzie posiadał deklarowanych cech, Zamawiający obowiązany jest z pełną surowością zastosować sankcje wobec nierzetelnego kontrahenta – od ponownej weryfikacji oferty i uznania jej za niezgodną z SIWZ, jeżeli umowy jeszcze nie zawarto, po zastosowanie instrumentów właściwych prawu cywilnemu, w postaci kar umownych, odpowiedzialności odszkodowawczej czy odstąpienia od umowy.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, iż nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

8

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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].

Skład orzekający:

9