

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 października 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 2 września 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego – Państwową Wyższą Szkołę Zawodową im. Stanisława Staszica w Pile**, ul. Podchorążych 10, 64-920 Piła od wyniku kontroli, zawartego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, doręczonej Zamawiającemu w dniu 28 sierpnia 2014 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: *„Modernizacja i remont budynku dydaktycznego F dla potrzeb Instytutu Ochrony Zdrowia – II etap. Dostawa pierwszego wyposażenia”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Daniel Konicz
Sylwester Kuchnio

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”) przeprowadził kontrolę doraźną ww. postępowania, ustalając następujący stan faktyczny:

Przedmiotem części 1 zamówienia była m.in. dostawa wyposażenia, w którego skład wchodziła wanna do masażu automatycznego (poz. 28). Zamawiający opisał, jakimi parametrami winna cechować się przedmiotowa wanna, wskazując m.in.: korpus wanny z głęboko ciągniętego bezszwowego szkła akrylowego (litej płyty w kolorze białym lub pastelowym niebieskim) wzmocniony na zewnątrz specjalnym szklanym laminatem, wymiary 2250x825x840/690mm.

Dokonując w dniu 25 czerwca 2013 r. modyfikacji SIWZ Zamawiający postanowił: *„Ewentualne wskazania w SIWZ znaków towarowych lub pochodzenia proszę traktować, jako przykładowe. Wykonawca może zaproponować inne produkty – urządzenia zapewniające prawidłowe funkcjonowanie wyposażenia o parametrach nie gorszych niż wskazane w SIWZ”*.

W toku postępowania, Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 1 lipca 2013 r. udzielił wyjaśnień do SIWZ wskazując, iż nie dopuszcza jako rozwiązania równoważnego wanny Magellan o określonych parametrach, opisanych przez wykonawcę.

Wykonawca PHU Technomex sp. z o.o. zaproponował w ofercie wannę Magellan, wskazując, iż jest ona rozwiązaniem równoważnym. Oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W tych okolicznościach Prezes Urzędu zwrócił uwagę, iż Zamawiający dopuszczając zastosowanie rozwiązań równoważnych jednocześnie nie wskazał sposobu oceny równoważności produktu.

Nadto, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PHU Technomex sp. z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Prezes Urzędu podkreślił, że wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ udzielane wykonawcom w toku postępowania stanowią integralną część SIWZ, której zapisy powinny być interpretowane łącznie z treścią udzielanych wyjaśnień. Zwrócono uwagę, iż Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ wprowadzając możliwość zaoferowania produktów równoważnych w dniu 25 czerwca 2013 r., zaś odpowiedzi niedopuszczającej uczynienia przedmiotem oferty wanny Magellan udzielił w dniu 1 lipca 2013 r. Ponadto, podkreślono, iż wanna Magellan zaoferowana przez wykonawcę PHU Technomex sp. z o.o. nie odpowiadała wymogom SIWZ, gdyż została

wykonana z innego materiału niż wskazany w SIWZ i posiada inne wymiary niż wskazane przez Zamawiającego.

Prezes Urzędu zauważył również, że przepis art. 7 ustawy Pzp, z którego wynika zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ma na celu zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania na równych zasadach. Powyższe oznacza konieczność oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom zasad i parametrów.

Tymczasem Zamawiający, udzielając na wniosek wykonawcy wyjaśnień do treści SIWZ, wprost nie dopuścił zaferowania wanny Magellan, wykonanej z tworzywa sztucznego GFK wzmocnianego włóknem szklanym. Następnie, w toku badania i oceny ofert uznał, iż ww. produkt zaferowany przez wykonawcę PHU Technomex sp. z o.o. jest rozwiązaniem równoważnym i uznał ofertę ww. wykonawcy za najkorzystniejszą.

Zamawiający w zastrzeżeniach do powyższych naruszeń stwierdził między innymi, co następuje:

Zamawiający wskazał, że podstawą udzielenia odpowiedzi odmownej co do możliwości zaferowania wanny Magellan był fakt wskazania, że wanna wyposażona jest w „masaż podwodny automatyczny – 34 dysze – 5 sekcji”, co Zamawiający zinterpretował jako wyposażenie w 34 dysze wobec wymaganych w SIWZ 144 dysz. Zamawiający podkreślił, iż zastosowanie zapisu z myślnikami winno być traktowane jako wtrącenie i występuje między liczbami lub cyframi oznaczającymi wartości przybliżone. Powyższe było jedyną przyczyną niedopuszczenia zaproponowanej wanny jako równoważnej.

Nadto, Zamawiający podał, że jako instytucja edukacyjna nie jest wyspecjalizowany w dziedzinie medycyny czy też rehabilitacji i nie posiadał wiedzy, czy wanna Magellan produkowana jest tylko w jednej wersji lub typie, czy też w kilku, o różnej ilości dysz.

Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, iż przedmiotowych wyjaśnień żaden z wykonawców nie kwestionował.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że wykonawca PHU Technomex sp. z o.o. w swojej ofercie podał, iż wanna Magellan zaproponowana jako równoważna, wyposażona jest w masaż w maksymalnie 15 strefach w 5 grupach wykonywany łącznie przez 170 dysz. Z uwagi na powyższe Zamawiający uznał, że przedmiotowa wanna spełnia wymagania SIWZ.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy zaproponowali dwa różne modele wanien, przy czym oba, w jego opinii, spełniały wymagania SIWZ, ale wanna Magellan była produktem lepszym pod względem parametrów technicznych, jakościowych, w tym materiałowych. Zaś, ewentualne uszkodzenia w przypadku tworzywa sztucznego zbrojonego włóknem szklanym są znacznie łatwiejsze do naprawienia, niemal niewidoczne i mało kosztowne.

Zamawiający stanął również na stanowisku, iż odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić, jeżeli niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Zaś, dążeniem wykładni prawa zamówień publicznych jest to, aby w pierwszej kolejności dokonywać oceny ofert składanych przez wykonawców na ich korzyść, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Zadaniem Zamawiającego, oferta złożona przez wykonawcę, któremu udzielono przedmiotowego zamówienia była dużo korzystniejsza niż druga w kolejności. Ponadto, wanna Magellan oferowana przez wybranego wykonawcę była tańsza o 26.198,85 zł.

Zamawiający wyjaśnił również, iż na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przewidział kwotę brutto 247.000,00 zł, a zatem nie udzieliłby zamówienia drugiemu w kolejności wykonawcy, którego oferta opiewała na kwotę 280.122,72 zł.

Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem, że nie wskazał sposobu oceny ofert równoważnych. Zdaniem Zamawiającego, postanowienie zamieszczone w wyniku modyfikacji SIWZ *„jednoznacznie wskazuje, jakie parametry minimalne ma spełniać wanna, by zapewnić potencjalnym wykonawcom konkurencję w zdobyciu ewentualnego zamówienia.”*

Zamawiający podkreślił, że: *„Najbardziej istotną w ocenie zachowania zamawiającego jest przy tym stanie faktycznym dbałość o interes zamawiającego i finansów publicznych. Trudno bowiem w kontekście wyżej przytoczonych argumentów nie uznać, że zamawiający nie tylko nie naruszył ustawy Pzp ani też zasady uczciwej konkurencji wobec oferentów a wręcz przeciwnie uznał produkt za równoważny w interesie finansów publicznych.”*

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Prezes Urzędu podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie nie są kwestionowane przez Zamawiającego, stąd też Izba uznaje je własne i dokonana oceny zastrzeżeń na ich gruncie.

W ocenie Izby, rozstrzygające znaczenie w przedmiotowej sprawie ma okoliczność, że choć Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne wobec produktu opisanego w SIWZ, to jednocześnie udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, wyłączył z grupy urzędzeń możliwych do zaoferowania wannę Magellan. Oznacza to, że zaproponowanie

rzeczonyj wanny nie było możliwe i winno skutkować odrzuceniem oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Nie ma doniosłości prawnej okoliczność, na którą wskazuje Zamawiający, że udzielając wyjaśnień, Zamawiający nie wskazał, z jakich powodów nie dopuszcza spornej wanny. Zamawiający, któremu wykonawca scharakteryzował wannę za pomocą wielu parametrów, podjął jednoznaczną decyzję, że tej właśnie wanny nie dopuści. Ewentualne błędne odczytanie przez Zamawiającego wyposażenia przedmiotowej wanny w dysze (w ilości mniejszej niż wymagana w SIWZ), po pierwsze, nie znalazło odzwierciedlenia w treści odpowiedzi, po drugie, Zamawiający dochowując należytej staranności, w ocenie Izby, już z treści zapytania mógł powziąć informacje, że dysze są rozmieszczone w 5. sekcjach po 34 dysze. Użycie znaku interpunkcyjnego, jakim jest myślnik, w ocenie Izby, nie dawało podstaw do przyjęcia, że chodzi o wartości przybliżone, graniczne. Znak ten nie oddzielał bowiem jedynie liczb, zatem zgodnie z powoływanymi przez Zamawiającego zasadami pisowni i interpunkcji, za nieuzasadnioną należy uznać interpretację zastosowaną przez Zamawiającego.

Fakt, że Zamawiający jest instytucją edukacyjną, niewyspecjalizowaną w dziedzinie medycyny i rehabilitacji pozostaje bez wpływu na przedmiotową ocenę. Zamawiający określając swoje potrzeby i dokonując opisu przedmiotu zamówienia winien mieć pewność, co to tego, co chce uzyskać, podobnie wykonawcy, otrzymując od Zamawiającego jednoznaczny przekaz, muszą mieć wiedzę, co mogą uczynić przedmiotem oferty. Pytanie zadane przez wykonawcę, co do możliwości zaoferowania konkretnej wanny, wymagało od Zamawiającego oceny i Zamawiający jej dokonał, podejmując decyzję o niedopuszczeniu przedmiotowej wanny. Rzekoma pomyłka Zamawiającego w zakresie ilości dysz, czy nawet brak należytej staranności w dokonanych ustaleniach, zdaniem Izby, nie może uzasadniać pominięcia przedmiotowej odpowiedzi. Zamawiający dokonując wyjaśnień SIWZ, winien zdawać sobie sprawę, że są one wiążące i stanowią element SIWZ, stąd też za niedopuszczalne należy uznać takie zachowanie, gdy Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert podejmuje wiążące decyzje co do wymogów urządzeń stanowiących przedmiot oferty.

Brak zakwestionowania wyjaśnień również stanowi okoliczność irrelewantną dla sprawy. Wykonawcy otrzymali jednoznaczną informację co do braku możliwości zaoferowania wanny Magellan i z wyjątkiem PHU Technomex sp. z o.o., okoliczność tę zaakceptowali. Jednocześnie brak negatywnego odzewu ze strony wykonawców stanowi potwierdzenie, że informacja spotkała z aprobatą. Należy zwrócić uwagę, że również wykonawca PHU Technomex sp. z o.o. nie zgłosił Zamawiającemu uwag w tym przedmiocie, a dopiero na etapie oceny ofert domagał się uznania niedopuszczonej przez Zamawiającego wanny za urządzenie równoważne.

Izba nie neguje stanowiska Zamawiającego, że wanna zaoferowana przez PHU Technomex sp. z o.o. jest lepsza, zważywszy na jej parametry techniczne i jakościowe, od wanny zaoferowanej przez drugiego wykonawcę. Jednakże powyższe nie powoduje, że jej wybór należy uznać za uzasadniony w świetle prawa. Zamawiający przygotowując postępowanie, będąc jego gospodarzem, miał narzędzia umożliwiające mu opisanie wymogów w taki sposób, aby otrzymać oczekiwany produkt. Skoro temu nie sprostał na etapie SIWZ, w toku oceny ofert nie ma możliwości naprawienia przedmiotowego błędu.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, niezgodność oferty PHU Technomex sp. z o.o. z treścią SIWZ jest niewątpliwa. Mocą udzielonych wyjaśnień Zamawiający wprost wyłączył możliwość zaoferowania wanny Magellan, zatem domaganie się korzystniejszej wykładni treści oferty wykonawcy w istocie prowadziłyby do naruszenia prawa, co z oczywistych względów nie może spotkać się z akceptacją. Wobec treści wyjaśnień nie jest możliwe dokonanie oceny oferty wykonawcy li tylko przez pryzmat postanowienia SIWZ, że zaproponowane produkty muszą zapewniać prawidłowe funkcjonowanie wyposażenia i cechować się parametrami nie gorszymi niż wskazane w SIWZ.

Na tle przywołanego postanowienia nie sposób również zgodzić się z Zamawiającym, że określił w sposób dostateczny wymogi co do równoważności produktu. Z pewnością weryfikacja części cech, jak np. materiału, wobec posłużenia się zwrotem „nie gorszy niż” napotka na trudności i może okazać się sporna, a nadto otwierać pole do dowolnej oceny, co przesądza o niedostatecznym wypełnieniu przez Zamawiającego przedmiotowego obowiązku.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że druga z kolei oferta nie mogłaby być wybrana z uwagi na brak dostatecznych środków finansowych, stwierdzić należy, że powyższe nie sanuje błędów i naruszeń Zamawiającego. Podana okoliczność może być jedynie podstawą unieważnienia postępowania a nie wyboru oferty, która mimo, że nie spełnia wymagań SIWZ, mieści się w budżecie przeznaczonym na sfinansowanie zamówienia.

Racjonalność wydatkowania środków publicznych nie jest przedmiotem kontroli dokonywanej przez Prezesa Urzędu, zatem argument dotyczący tańszej oferty nie może być uwzględniony.

Reasumując, zaniechanie odrzucenia oferty, której przedmiotem było urządzenie wprost wyłączone przez Zamawiającego z grupy możliwych do zaoferowania doprowadziło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający mimo udzielenia jednoznacznych wyjaśnień wobec treści SIWZ, przy ocenie ofert pominął je, zaburzając w ten sposób uczciwą konkurencję i dopuszczając do nierównego traktowania wykonawców. Wykonawcy, którzy zastosowali się do treści wyjaśnień zostali bowiem potraktowani w analogiczny sposób jak ci, którzy je zignorowali.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, wyraził opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....