

Sygn. akt: KIO 2161/17

WYROK

z dnia 2 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan** Protokolant: **Adam**

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16.10.2017 r.** przez wykonawcę **TMS Spółka z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie SPZOZ, ul. Stanisława Staszica 16, 20-081 Lublin** w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

„Dostawa akceleratora śródoperacyjnego” (znak EO/ZRIW 2722/XLI/17)

przy udziale wykonawcy **IntraOp Europe GmbH, Martin Luter Platz 26, 40212 Düsseldorf, Niemcy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **TMS Spółka z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TMS Spółka z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawcy **TMS Spółka z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** na rzecz wykonawcy - **IntraOp Europe GmbH, Martin Luter Platz 26, 40212 Düsseldorf, Niemcy** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 2 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2161/17

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie SPZOZ, ul. Stanisława Staszica 16, 20-081 Lublin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa akceleratora śródoperacyjnego” (znak EO/ZRIW 2722/XLI/17)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 02.09.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 168 - 345203.

W dniu **05.10.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16.10.2017 r.** Odwołujący wskazał, że przedmiotem odwołania są następujące działania i zaniechania Zamawiającego:

• wybór oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty złożonej przez Wykonawcę IntraOp Europe GmbH [dalej także jako Wykonawca];

• zaniechanie odrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH jako niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

• art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IntraOp Europe GmbH, pomimo iż nie odpowiada ona treści SIWZ;

• art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z Ustawą;

• inne przepisy powołane w treści uzasadnienia niniejszego Odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

• uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,

• unieważnienie czynności wyboru oferty firmy IntraOp Europe GmbH jako najkorzystniejszej,

• dokonania ponownej oceny ofert w sposób zgodny z zasadami Ustawy,

- odrzucenie oferty firmy IntraOp Europe GmbH jako niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ,
- w konsekwencji powyższych uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nadto wniósł o

przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez dokonanie czynności żądanych w odwołaniu, tj. jego uwzględnienie. Działania Zamawiającego polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy IntraOp Europe GmbH, zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy PZP oraz postanowień SIWZ. Uwzględniając treść oferty Odwołującego oraz fakt, iż z uwzględnieniem zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego, w przypadku dokonania przez Zamawiającego poprawnej czynności oceny ofert i odrzuceniu oferty niezgodnej z SIWZ, byłaby ofertą najkorzystniejszą. Czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem PZP pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co narusza Interes Odwołującego. Zamawiający powiadomił Odwołującego o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej faxem w dniu 5 października 2017r.

Odwołujący podniósł, że niniejsze odwołanie złożył w dniu 16.10.2017r. tj. w ustawowym terminie przewidzianym w art.182 ust 2 pkt 1 Ustawy.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania w niniejszej sprawie, znajdujących się u Zamawiającego, a w szczególności z SIWZ przedmiotowego postępowania, treści ofert złożonych przez wykonawców wraz z załącznikami, pism wykonawców składanych w niniejszym postępowaniu, zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z dowodami nadania - na okoliczność zasadności niniejszego odwołania i zarzutów podnoszonych w jego treści.

UZASADNIENIE

I.Stan faktyczny

1.Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę akceleratora śródoperacyjnego (mobilnego dla Zakładu Radioterapii przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach - Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 „Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie fEO/ZRIW 2722/XLI/17) prowadzone jest przez Zamawiającego zgodnie z treścią ogłoszenia i dokumentów opublikowanych w dniu 30.06.2017r.

Jak wskazał Odwołujący w treści załącznika nr 1 do SIWZ - Formularza oferty - Formularza cenowego (punkt 4) Zamawiający zawarł wymaganie dotyczące przedmiotu umowy w zakresie czasu reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji, wskazując, iż:

„maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy; system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) h, max 48h - dotyczy pozostałego sprzętu. Czas wykonania napraw i usterek (max. 7 dni roboczych) dni roboczych, w przypadku konieczności importu części zamiennych lub podzespołów (max. 7 dni roboczych) dni roboczych”.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający określił zatem w treści SIWZ, iż jednym z elementów oferty jest także sposób realizacji przez Wykonawcę zobowiązań z tytułu gwarancji. Jest to typowe żądanie zamawiających, którzy minimalizują okres oczekiwania na pierwszą reakcję wykonawców.

2.Oferty w niniejszym postępowaniu złożył Odwołujący oraz IntraOp Europe GmbH. Odwołujący, uzupełniając załącznik nr 1 do SIWZ, wskazał - zgodnie z żądaniem Zamawiającego - iż maksymalny czas reakcji to 24 godziny :
„maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) 24h. max 48h - dotyczy pozostałego sprzętu.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że w załączniku nr 1A Odwołujący powtórzył zobowiązanie zgodnie z wcześniejszym wymogiem Zamawiającego, wskazując w punkcie 59, iż oferuje czas reakcji *„24 h dla wysokoenergetycznego akceleratora liniowego, systemu planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania od zgłoszenia konieczności naprawy, 48 h dla pozostałego sprzętu od zgłoszenia konieczności naprawy”.*

3.Zdaniem Odwołującego rozróżnienia takiego nie poczynił IntraOp Europe GmbH, którego oferta całkowicie pomijała fakt, iż Zamawiający w formularzu ofertowym sprecyzował element przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż określił maksymalny czas reakcji dla prac gwarancyjnych usunięcia awarii w zakresie akceleratora na poziomie 24 godzin.
„maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i

zarządzania, w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) 48h. max 48h - dotyczy pozostałego sprzętu.”

W załączniku nr 1A IntraOp Europe GmbH powtórzył zobowiązanie zgodnie z zapisem w formularzu oferty, wskazując w punkcie 59, iż oferuje czas reakcji „ TAK. 48 h”

Oferta IntraOp Europe GmbH zawierała zatem, w ocenie Odwołującego, niezgodną z SIWZ deklarację, iż Wykonawca zapewnia maksymalny czas reakcji na poziomie 48 godzin.

4.Następnie Odwołujący wskazał, że wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, dla którego Zamawiający wymagał czasu reakcji max. 24h, jest elementem składowym całego urządzenia, akceleratora śródoperacyjnego. Potwierdzają to również, w ocenie Odwołującego, zapisy wymogu zawartego w pkt. 29 tabeli z opisem wymaganych parametrów technicznych w brzmieniu:

„Konstrukcja przyspieszacza liniowego elektronów bez magnesów zakrzywiających” Określenia akcelerator i przyspieszacz są synonimami i mogą być używane zamiennie”.

5.Jak następnie podniósł Odwołujący pomimo takiej treści oferty Wykonawcy i jej oczywistej niezgodności z wymogami Zamawiającego opisanymi w treści SIWZ, Zamawiający dokonał jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, o czym zawiadomił wykonawców w dniu 5 października 2017 r.

II.Stan prawny

1.Postanowienia SIWZ są w ocenie Odwołującego jasne i niewymagające dodatkowych zabiegów interpretacyjnych.

W treści załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający w sposób całościowy ujął treść wymagań dotyczących czasu reakcji w przypadku usuwania awarii sprzętu, dokonując rozróżnienia co do samego akceleratora liniowego, systemu planowania leczenia [max. 24h] oraz innych sprzętów (max.48h).

Następnym w kolejności dokumentem jest załącznik nr 1A, w którym w sposób ogólny jedynie w punkcie 59 wskazano na maksymalny czas reakcji 48 godzin.

Skoro jednak załącznik nr 1A jest drugim w kolejności dokumentem w SIWZ(co wynika już z samej numeracji), a jego treść nie wyklucza treści załącznika nr 1 w zakresie, o którym mowa w punkcie 4, uznać należy, iż sformułowany został on w pewnym stopniu ogólności, w odniesieniu do załącznika nr 1, który dokładniej precyzuje wymogi Zamawiającego co do czasu reakcji.

Niewątpliwie przy tym kwestia czasu reakcji stanowi część opisu przedmiotu umowy i jednocześnie treść SIWZ, o której mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Norma tego przepisu odnosi się bowiem do „merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego” (tak: wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 399/17). W cytowanym wyroku Izba wskazuje zresztą również, iż oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści, bowiem musi być ona jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ, a zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy zgodnie z art. 140 ust. 1 p.z.p. jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

2.Jak wskazał Odwołujący dokonując zatem porównania treści oferty IntraOp Europe GmbH oraz treści SIWZ dostrzec należało istnienie niezgodności w zakresie zaoferowania przez tego Wykonawcę serwisu gwarancyjnego na warunkach niezgodnych z tymi, których żądał Zamawiający zgodnie z treścią załącznika nr 1. Skoro bowiem w każdym przypadku czas reakcji deklarowany przez Wykonawcę to okres 48 godzin, nie można uznać, iż złożona oferta spełnia wymogi SIWZ. Niezgodność ta jest istotna, dotyczy przedmiotu zamówienia i zawarta jest w treści oferty.

3.Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, taka deklaracja Wykonawcy złożona w treści oferty nie mogłaby być przyjęta za omyłkę, którą można poprawić w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, bowiem wprowadzenie „doprecyzowania”, iż Wykonawca faktycznie zamierzał zaoferować 24 godzinny czas reakcji w przypadku akceleratora oraz 48 godzinny w pozostałych przypadkach doprowadziłoby do zmiany treści oferty. Wskazać należy, iż poprawienie omyłek w tym trybie nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie (tak: wyrok KIO z dnia 24 maja 2017 r., sygn. KIO 954/17). Odwołujący wskazał zatem, że w konsekwencji deklaracja ta jest brakiem, którego nie można usunąć bez zmiany treści oferty.

4.W ocenie Odwołującego Wykonawca, mający wątpliwości co do treści pkt 4 załącznika nr

1 w kontekście treści pkt 59 załącznika nr 1A do SIWZ, winien zadać Zamawiającemu stosowne pytanie, czego jednak nie uczynił. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wyjaśnił, iż pojawienie się w treści punktu 4 Załącznika nr 1 do SIWZ odróżniających się

oczekiwań co do czasu reakcji dla konkretnych elementów przedmiotu zamówienia jest błędne lub jest niedokładnością. Wręcz przeciwnie - pomimo prowadzonego przed KIO postępowania dotyczącego odwołania Wykonawcy od decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, Zamawiający w żaden sposób nie zaprzeczył i nie skonkretyzował w inny sposób swoich oczekiwań. Stąd też treść załącznika nr 1 do SIWZ pozostaje bez zmian i nie ma powodów, aby uznać postanowienie o konieczności zapewnienia czasu reakcji na poziomie 24 godzin za niebyłe.

5.W konsekwencji zatem Zamawiający zobowiązany był - wobec braku możliwości zmiany lub wyjaśnienia jasnej i sprecyzowanej treści oferty Wykonawcy - odrzucić ofertę Wykonawcy IntraOp Europę GmbH jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wobec faktu, iż Zamawiający tego nie uczynił, niniejsze odwołanie jest, zdaniem Odwołującego, uzasadnione i konieczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego i Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba mając na uwadze wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania wskazała, że przedmiotem zaskarżenia w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 1893/17 była czynność unieważnienia postępowania, zaś w ramach wskazanej przez Przystępującego przesłanki odrzucenia (art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) istotne są zarzuty zawarte w odwołaniu oraz czynność, wobec której zostały one podniesione. Niniejsze odwołanie zostało skierowane wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaś w ramach zarzutów Odwołujący podniósł niezgodność oferty z treścią

SIWZ – zatem w tym znaczeniu nie możemy mówić o tym, że Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w ramach innego odwołania. Choć faktycznie Izba w ramach postępowania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 1893/17 odniosła się do kwestii niespójności treści SIWZ, jak również treści oferty Odwołującego i Przystępującego oraz znaczenia zawartych tam oświadczeń i możliwości ich konwalidacji powyższe nastąpiło w ramach i w kontekście zarzutów, które były podstawą odwołania o sygn. akt KIO 1893/17, tj. czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Izby, nie możemy mówić o wcześniejszym rozstrzygnięciu sporu w zakresie podniesionym w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej, co nie stoi na przeszkodzie ewentualnego uwzględnienia zawartej w sprawie KIO 1893/17 argumentacji Izby odnoszącej się do sytuacji faktycznej istniejącej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert. W ramach odwołania podniósł on zarzuty zmierzające do wyeliminowania z postępowania oferty, która została uznana za najkorzystniejszą ekonomicznie. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego i Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowód z dokumenty złożony w toku rozprawy przez Przystępującego w postaci wyciągu fragmentu SIWZ wraz z załącznikiem – formularzem ofertowym i cenowym – odnoszących się do kolejnego wszczętego przez Zamawiającego postępowania obejmującego tożsamy przedmiot zamówienia, które następnie

zostało unieważnione wskutek wydania przez Izbę wyroku z dnia 22.09.2017 r. w sprawie KIO 1893/17. Izba wskazuje, odnosząc się do wniosku Odwołującego o niedopuszczenie tego dowodu, że brak jest podstaw formalnych do oddalenia tego wniosku, jak również podstaw

do jego pominięcia przy ocenie zgromadzonego materiału dowodowego. Jak wynika bowiem z przebiegu postępowania odwoławczego rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 1893/17 Zamawiający nie przedstawił swojego stanowiska, co do intencji w zakresie pożądanego przez niego czasu reakcji na usunięcie awarii. Powyższemu dała wyraz Izba w wyroku z dnia 22.09.2017 r. (KIO 1893/17). Również w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Zamawiający, poza uwzględnieniem odwołania w całości, wprost nie zajął stanowiska w tym zakresie, dodatkowo rezygnując ze swojego udziału w posiedzeniu i rozprawie. Tym samym jego wola w zakresie pożądanego czasu reakcji wykonawcy na awarie przedmiotu zamówienia nie została wyrażona wprost i jej treść można jedynie pośrednio wywieść z innych jego zachowań, które co istotne, pozostają nadal w sprzeczności (vide: oświadczenie woli o uwzględnieniu zarzutów oraz dowód w postaci wyciągu treści SIWZ i załącznika nr 1 złożonych na rozprawie przez Przystępującego).

Izba z urzędu dopuściła również dowód w postaci akt sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 1893/17 obejmujący w szczególności stanowisko procesowe Stron i uczestnika postępowania (protokół z posiedzenia i rozprawy, pisma procesowe, treść odwołania).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę akceleratora śródoperacyjnego (mobilnego dla Zakładu Radioterapii przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach - Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 „Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie fEO/ZRIW 2722/XLI/17) prowadzone jest przez Zamawiającego zgodnie z treścią ogłoszenia i dokumentów opublikowanych w dniu 30.06.2017r.

Rozdział III ust. 1 i 2 SIWZ: Przedmiot zamówienia stanowi dostawa akceleratora śródoperacyjnego (mobilnego) dla Zakładu Radioterapii przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach – Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 „Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie. Szczegółowy opis przedmiotu objętego zamówieniem, jego rodzaj, gabaryty, charakterystyka, parametry techniczne i in. niezbędne – zawiera Załącznik Nr 1 A „Formularz oferty – Opis Przedmiotu Zamówienia”.

Szczegółowe wymagania co do sposobu wypełnienia ww. załącznika Zamawiający zawarł w ust. 4-6, a następnie w ust. 7 i 8 SIWZ.

Rozdział XI ust. 1 SIWZ: Oferta winna być sporządzona w formie pisemnej na „Formularzu oferty – Formularzu cenowym” (Załącznik Nr 1 do SIWZ) oraz „Formularzu oferty – Opis Przedmiotu Zamówienia” (Załącznik nr 1A do SIWZ).

W ust. 15 i 16 tego Rozdziału, Zamawiający stwierdził także, że: Oferta musi zawierać prawidłowo wypełniony załącznik Nr 1 oraz 1A do SIWZ. UWAGA: Wykonawca może wykorzystać załączone do SIWZ druki przygotowane przez Zamawiającego (formularz oferty oraz inne Załączniki). W przypadku przygotowania oferty lub złożenia oświadczeń na własnych formularzach muszą one bezwzględnie zawierać wszystkie rubryki i treść, zamieszczone w załączonych do SIWZ wzorach. Oferty Wykonawców, którzy dołączą do oferty załączniki o innej treści niż określona w SIWZ zostaną odrzucone.

W „Załączniku Nr 1 do SIWZ – Formularz oferty – Formularz cenowy” dla zadania 1. w ust. 4. Zamawiający sformułował wymaganie: Czas reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji

– maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) h ,max 48h – dotyczy pozostałego sprzętu. Czas wykonania napraw i usterek (max. 7 dni roboczych) dni roboczych, w przypadku konieczności importu części zamiennych lub podzespołów (max. 7 dni roboczych) dni roboczych.

W treści załącznika nr 1 do SIWZ - Formularza oferty - Formularza cenowego (punkt 4) Zamawiający zawarł wymaganie dotyczące przedmiotu umowy w zakresie czasu reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji, wskazując, iż:

„maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy; system planowania leczenia oraz weryfikacji i

zarządzania w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) h, max 48h - dotyczy pozostałego sprzętu. Czas wykonania napraw i usterek (max. 7 dni roboczych) dni roboczych, w przypadku konieczności importu części zamiennych lub podzespołów (max. 7 dni roboczych) dni roboczych".

Oferty w niniejszym postępowaniu złożyło dwóch wykonawców, tj. TMS Spółka z o.o. oraz IntraOp Europe GmbH.

W ofercie TMS Spółka z o.o. w załączniku nr 1 do SIWZ zostało wskazane, iż:

„maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) 24h. max 48h - dotyczy pozostałego sprzętu.

W załączniku nr 1A wykonawca TMS Spółka z o.o. powtórzył treść tego wymogu, wskazując w punkcie 59, iż oferuje czas reakcji „24 h dla wysokoenergetycznego akceleratora liniowego, systemu planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania od zgłoszenia konieczności naprawy, 48 h dla pozostałego sprzętu od zgłoszenia konieczności naprawy”.

Wykonawca IntraOp Europe GmbH w załączniku nr 1 do SIWZ wskazał, że:

„maksymalny czas podjęcia działań zmierzających do usunięcia awarii (max. 24 h) (dotyczy wysokoenergetyczny akcelerator liniowy, system planowania leczenia oraz weryfikacji i zarządzania, w dni robocze od momentu zgłoszenia reklamacji na piśmie) 48h. max 48h - dotyczy pozostałego sprzętu.”

W załączniku nr 1A wykonawca IntraOp Europe GmbH powtórzył zobowiązanie zgodnie z zapisem w formularzu oferty, wskazując w punkcie 59, iż oferuje czas reakcji „ TAK. 48 h”.

W dniu 31.08.2017 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informacje o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na powyższa czynność w dniu 11.09.2017 r. odwołanie wniósł wykonawca IntraOp Europe GmbH.

W ramach sprawy odwoławczej rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1893/17 Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 22.09.2017 r. wydała wyrok w którym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

W dniu 05.10.2017 r. Zamawiający, wykonując powyższy wyrok, poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy IntraOp Europe GmbH.

Na powyższą czynność wykonawca TMS Spółka z o.o. wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, jednakże mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, mając na uwadze złożony na rozprawie wniosek Przystępującego w zakresie niewłaściwego umocowania osoby, która w imieniu Zamawiającego podpisała pismo zawierające oświadczenie woli o uwzględnieniu odwołania w całości, że wniosek ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba uznała, że taka czynność mieści się w zakresie umocowania określonego w treści pełnomocnictwa ogólnego z dnia 11.10.2017 r. Zakres umocowania zawarty w tym dokumencie obejmuje bieżący zarząd jednostką Zamawiającego w ramach której mieści się zakres związany z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte na skutek zamieszczenia w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE ogłoszenia o zamówieniu stanowiącego oświadczenie woli Zamawiającego o charakterze materialnym. Kwestią pochodną wszczętego postępowania jest kwestia środków ochrony prawnej, której immanentnym elementem jest możliwość uwzględnienia odwołania w całości. Dla realizacji bowiem interesów majątkowych i niemajątkowych Zamawiającego wymagane było w tym wypadku podjęcie decyzji, co do sytuacji procesowej tego ostatniego w kontekście trwającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zainicjowanego w jego ramach postępowania odwoławczego. Umocowanie wynikające z pełnomocnictwa z dnia 11.10.2017 r. obejmuje czynności faktyczne oraz prawne wynikające z konieczności sprawowania bieżącego nadzoru przysługujące kierownikowi jednostki ujawnionemu w odpisie KRS. Zatem osoba ta scedowała na swojego zastępcę ogół swoich uprawnień w pełnym zakresie. Mając na uwadze powyższy Izba uznała, że oświadczenie złożone przez Zamawiającego jest skuteczne i wywołuje skutki prawne.

Tym samym, na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, Przystępujący wniósł sprzeciw.

Izba wskazuje również, iż pomiędzy Stronami brak było, co do zasady, sporu w zakresie faktów. Przedmiotem sporu była bowiem interpretacja związana z istnieniem w treści dokumentacji postępowania rozbieżności w zakresie pożądanego przez Zamawiającego czasu reakcji (czasu podjęcia działań w przypadku awarii), jak również prawidłowości sporządzenia oferty przez obu wykonawców w kontekście zgodności ich treści z treścią SIWZ.

Jak wynika z analizy akt niniejszego postępowania odwoławczego oraz akt sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 1893/17 rozbieżność ta istniała w dokumentacji od początku będąc podstawą unieważnienia przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, która to czynność została zakwestionowana przez Izbę w wyroku z dnia 22.09.2017 r. Zgodzić się należy z zawartymi w tym orzeczeniu tezami, że po pierwsze istniejące rozbieżności nie pozwalały na ich usunięcie w drodze wykładni, były one nieusuwalne po terminie składania ofert (vide pierwszy akapit str. 12 orzeczenia w sprawie KIO 1893/17), jak również Izba w niniejszym składzie zgadza się ze stanowiskiem Izby w sprawie KIO 1893/17, że sam wymóg dotyczący czasu reakcji na usunięcie awarii był wymogiem *stricte* formalnym, nie ocenionym w ramach kryteriów oceny ofert (bezsporne między Stronami) i co do zasady nie mającym wpływu na możliwość kontynuowania i zakończenia samego postępowania przez wybór oferty najkorzystniejszej.

Jednakże wskazany przez Izbę w sprawie KIO 1893/17 postulat ustalenia, jaka była ostateczna treść SIWZ, nie został zrealizowany, gdyż w ocenie Izby w niniejszym składzie Zamawiający nie wykonał w pełni wyroku z dnia 22.09.2017 r. wydanego w sprawie KIO 1893/17.

Rolą Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym korekta podejmowanych w tym postępowaniu czynności nakazanych w prawomocnych orzeczeniach organów rozpoznających środki ochrony prawnej (zarówno w I, jak i w II instancji). Zamawiający, kierując się zasadą legalizmu, jest zobligowany do wykonania orzeczenia zgodnie z treścią jego sentencji, zaś w pewnych sytuacjach jest zobligowany do realizacji wytycznych ujętych w treści uzasadnienia orzeczenia. Wynika to z faktu, iż Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (nie będąc organem o charakterze kontrolnym), jednakże mając na uwadze określone okoliczności faktyczne może formułować wzorce zachowania w danym postępowaniu niejako

„przy okazji” analizy prawnej innych zarzutów. Z takim też przypadkiem mieliśmy do czynienia w sprawie KIO 1893/17.

W powyższym orzeczeniu Izba zwróciła uwagę na fakt, że *Zamawiający konsekwentnie – zarówno w treści uzasadnienia podanego wykonawcom, jak i w toku rozprawy – unikał wskazania, jaka treść odnośnie maksymalnego terminu czasu reakcji na zgłoszenie awarii w okresie gwarancji była jego intencją czy miały to być dwa terminy (vide pkt 4. formularza oferty), czy też jednolicie dłuższy termin (vide pkt 59. OPZ). Tymczasem jest to konieczny dla poczynienia dalszych kroków w postępowaniu punkt wyjścia, gdyż w pierwszej kolejności Zamawiający winien zbadać, czy pomimo niewątpliwego uchybienia przy redagowaniu specyfikacji zamierzoną treść można było wyinterpretować, przyjmując punkt widzenia wykonawcy, do którego adresowana była specyfikacja.*

Również w ramach rozpoznawanego odwołania ta intencja nie została przez Zamawiającego w jakikolwiek sposób wyrażona. Przeciwnie, co istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia, uwzględnienie niniejszego odwołania przez Zamawiającego, ocenione przez Izbę jako sprowadzające się do uniknięcia ciężaru ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego, rezygnacja z udziału w posiedzeniu i rozprawie, jak również treść dokumentacji kolejnego wszczętego postępowania (vide dowód przedstawiony na rozprawie przez Przystępującego – wyciąg z SIWZ oraz załącznik nr 1 do SIWZ w postępowaniu znak EO/ZRIW 2722/L/17) nie pozwalają nawet na pośrednie ustalenie zamiarów i oczekiwań Zamawiającego z tego prostego powodu, że pozostają wobec siebie w jawnej opozycji. Oznacza to zatem, że pomimo wyraźnym „sugestii” Izby ujętych w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie KIO 1893/17 Zamawiający nie tylko nie konwalidował skutków wadliwości dokumentacji postępowania, lecz konsekwentnie ją pogłębiał na dalszych etapach postępowania.

Dodatkowo, pomimo wyraźnego stanowiska Izby w sprawie KIO 1893/17, które to stanowisko Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości i uznaje je za własne, że *Umknęło uwadze Zamawiającego, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty z takiego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp miałby obowiązek zbadać, czy stwierdzonej w takim przypadku niezgodności nie da się usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem w przekonaniu Izby zastosowanie tego trybu byłoby w tym przypadku jak najbardziej uzasadnione i konieczne. Z uwagi na poniżej poczynione rozstrzygnięcia nie ma potrzeby szerszego rozważania tej kwestii w tym miejscu.* – wskazać należy, że istnieją kolejne podstawy do stwierdzenia, że Zamawiający z pełną premedytacją nie wykonał wyroku wydanego w sprawie KIO 1893/17 - czym doprowadził do kolejnego postępowania odwoławczego

Celem utrwalenia u Zamawiającego stanowisk dwóch składów orzekających Izby, wobec konsekwentnie realizowanej przez niego polityki unikania odpowiedzialności za prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, Izba w niniejszym składzie

przywoła dokonaną przez skład orzekający Izby w sprawie KIO 1893/17 ocenę stanu faktycznego, która zamyka się w słowach, że: *Przed wszystkim dla sprawy rozstrzygające znaczenie ma ustalenie, że o ile zaistniała w takim przypadku wada jest nieusuwalna, o tyle nie jest ona istotna. Po pierwsze – nie ma żadnego wpływu na możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty według obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, wśród których jako istotny element gwarancji jakości został uznany jedynie okres gwarancji. Po drugie – pomimo oczekiwania przez Zamawiającego od wykonawców, aby podali termin, w którym zobowiązują się „podjąć działania zmierzające do usunięcia awarii” (lub bardziej konkretnie – przystąpili do naprawy) i określenia maksymalnego dopuszczalnego terminu (jak się okazało, niejednoznacznie), trudno uznać ten aspekt gwarancji jakości za mający istotne znaczenie dla osiągnięcia rezultatu, jakim ma być naprawienie urządzenia. Otóż niesporne jest, że w tym zakresie obowiązuje jednolity 7-dniowy termin, co wynika zarówno z treści oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, jak i znajduje oparcie w treści opisu przedmiotu zamówienia, gdzie w pkt 60. określono, że gwarantowany czas naprawy od daty zgłoszenia konieczności naprawy może wynosić maksymalnie 7 dni. I taki termin wskazali w swoich ofertach zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący. Tym samym niezależnie od tego, czy wykonawca zareaguje w ciągu 24 czy 48 godzin, od chwili zgłoszenia awarii przez Zamawiającego rozpocznie bieg 7-dniowy termin na jej usunięcie. W tych okolicznościach brak podstaw, aby przydać terminowi przystąpienia do naprawy waloru większego niż dopełnienia pewnej formalności, którą z sobie znanych powodów wprowadził Zamawiający.*

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że okoliczności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również przedsięwzięte przez Zamawiającego czynności oraz zaniechania w ramach dwóch kolejnych postępowań odwoławczych pozwalają na przyjęcie, że termin przystąpienia do usunięcia awarii pozostaje bez znaczenia dla zakresu świadczenia i tym samym pozostaje bez wpływu na ostateczny kształt zobowiązań wykonawców.

1.Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu Izba wskazuje, iż w całej rozciągłości podzieliła argumentację prawną oraz faktyczną podniesioną przez Przystępującego na rozprawie oraz w treści zgłoszonego przystąpienia. W szczególności Izba nie doszukała się podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż niezależnie od zadeklarowanego przez poszczególnych wykonawców terminu przystąpienia do usunięcia awarii, termin na jej usunięcie, liczony *nota bene* od dnia zgłoszenia zaistnienia awarii przez Zamawiającego, będzie, każdorazowo i w stosunku do wszystkich elementów dostawy, wynosił 7 dni.

Termin przystąpienia do usunięcia awarii jest zatem tylko i wyłącznie wymogiem formalnym, zaś w interesie każdego wykonawcy, który będzie realizował przedmiot zamówienia, będzie leżało jego skrócenie – tak aby dotrzymać 7-dniowego terminu naprawy urządzenia w okresie gwarancji.

Jednakże Zamawiający, wykonując wyrok Izby z dnia 22.09.2017 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1893/17 winien był przyjąć jeden z dwóch alternatywnych scenariuszy i dokonać czynności poprawienia omyłki w jednej z ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tak aby doprowadzić postępowania do zgodności z prawem. Nie czyniąc tego dał zatem wyraz temu, że termin przystąpienia do usunięcia awarii pozostaje bez znaczenia dla zakresu świadczenia, co pośrednio potwierdza także treść dokumentacji postępowania złożona jako dowód przez Przystępującego (postępowanie znak EO/ZRIW 2722/L/17).

Mając na uwadze powyższe, jak również fakt, że Izba na mocy treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać, co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu, uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy IntraOp Europe GmbH na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2.W zakresie drugiego z podniesionych w treści odwołania zarzutów, tj. zarzutu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z ustawą Izba uwzględniła ten zarzut w zakresie prowadzenia postępowania wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców.

Zamawiający aby bowiem zapewnić wszystkim wykonawcom świadomość, co do ich obowiązków na etapie realizacji zamówienia winien, o czym Izba wskazał wyżej, zastosować instytucję uregulowaną w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonać poprawienia omyłki w jeden z przyjętych przez siebie sposobów. Odstępując od zastosowania powyższej instytucji postąpił wbrew orzeczeniu Izby wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1893/17.

Jednakże uwzględnienie tego zarzutu przez Izbę nie poskutkowało uwzględnieniem odwołania, gdyż jego stwierdzenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, przez który należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej w postaci oferty Przystępującego.

W pozostałym zakresie zarzut ten został oddalony przez Izbę i jako zarzut wynikowy podzielił los zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....