Sygn. akt KIO 1958/18

WYROK

z dnia 11 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2018 r. przez wykonawcę FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Gliwicach

przy udziale wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1958/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Gliwicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup i instalacja mammografu cyfrowego wraz w wykonaniem prac adaptacyjnych dla Centrum Onkologii - Instytutu im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddziału w Gliwicach. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 146-333994. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

28 września 2018 r. wykonawca FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie wniósł odwołanie Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

-art. 29 ust. 1-3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który preferuje konkretnego wykonawcę przez wprowadzenie parametru nieistotnego użytkowo, co utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, co narusza także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy;

-ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez:

-ustalenie ostatecznego i obowiązującego brzmienia pkt 29 parametrów technicznych w brzmieniu: Zestaw do zdjęć powiększonych o powiększeniu min. 1,5x;

-usunięcia punktu 30 lub nadania mu brzmienia: dodatkowy zestaw do powiększeń o współczynniku innym niż zaoferowany w pkt 29.

-zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że 19 września 2018 r. zamawiający w ramach odpowiedzi na wniesione odwołanie dokonał zmiany wymagania, w znaczny sposób ograniczając konkurencję, uniemożliwiając odwołującemu złożenie ważnej oferty. Podniósł, że w załączniku nr 2.2 Parametry techniczne, w pkt 29 zamawiający wymaga

dostarczenia zestawu do zdjęć powiększonych o powiększeniu 1,5x. Natomiast w pkt 30 opisał dostarczenie dodatkowego zestawu do zdjęć powiększonych, z powiększeniem większym niż 1,5x, jako niewymagalnego. Zamawiający ustalił punktację w ramach Kryterium jakościowego, którą określił w następujący sposób: Dostarczenie dodatkowego zestawu 8 pkt, nie dostarczenie - 0 pkt.
Odwołujący ocenił, że z wymogu tego wynika wymaganie zamawiającego dostarczenia zestawu do zdjęć powiększonych, gdzie współczynnik powiększenia będzie wynosił konkretnie
1,5x.

Zarzucił, że tak określony wymóg nie dopuszcza zastosowania rozwiązań równoważnych, czyli możliwości uzyskania obrazu z powiększeniem 1,5x bez zastosowania zestawu do
powiększeń. Zdaniem odwołującego taki opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z art. 30 ust. 1 pkt 1) Pzp, gdyż zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia poprzez określenie jego funkcjonalności, a nie sposobu jej uzyskania. Wskazanie na konieczność zastosowania zestawu do powiększeń odnosi się do sposobu osiągnięcia określonej funkcjonalności.
Odwołujący wskazał, że wcześniejsze brzmienie tego wymogu było zgodne z przepisami i dopuszczało zaoferowanie zestawu o dowolnym powiększeniu, którego wartość jest nie mniejsza niż 1,5. Wywiódł, że przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych, warunki realizacji świadczeń dla pogłębionej diagnostyki mammograficznej, którego tekst jednolity został ogłoszony obwieszeniem opublikowanym w Dz.U. z 2016 r. poz. 1743 określają wymóg powiększenia minimum 1,5, a nie dokładnie 1,5. W związku z tym odwołujący zarzucił, że ograniczenie możliwości, które wskazuje obowiązujący przepis, ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż wskazane przepisy odnoszą się do obowiązujących procedur medycznych oraz uwzględniają aktualny stan wiedzy medycznej oraz dostępne na rynku rozwiązania techniczne.
Odwołujący wskazał, że postawiony przez zamawiającego wymóg jest jedynym, który uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty. Wywiódł, że biorąc pod uwagę, że wymóg ten jest drugorzędny, a funkcjonalność urządzenia oferowanego przez odwołującego zapewnia wykonanie badań z powiększeniem, zgodnie z obowiązującymi przepisami i aktualną wiedzą medyczną, jego wprowadzenie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zaprezentowane w odwołaniu okoliczności faktyczne, dotyczące brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ", wymagają uzupełnienia.

7 września 2018 r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, wskazał, że w załączniku nr 2.2 Parametry techniczne, w pkt 29 wymaga dostarczenia zestawu do zdjęć powiększonych o powiększeniu min. 1,5x. Jednocześnie zamawiający ustalił punktację w ramach Kryterium jakościowego. Tego dnia zamawiający zamieścił aktualne załączniki do SIWZ jako załączniki do wyjaśnień. Odwołujący wystąpił w 11 września 2018 r. do zamawiającego o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy odpowiedziami na pytania, a zamieszczonymi nowymi załącznikami. Pismem z 12 września 2018 r. zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedziach, w związku z czym odwołujący wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby 17 września 2018 r.

W odwołaniu został podniesiony zarzut naruszenia art. 29 ust. 1-3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie jest jednoznaczny i utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, co narusza także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący podnosił sprzeczność dokonanej zmiany z innymi elementami dokumentacji postępowania i wskazywał, że wszelkie interpretacje, które miałyby ograniczać wymóg wynikający z opisu zawartego w załączniku nr 2.2, prowadzą do wniosku, iż zamawiający ogranicza możliwość złożenia oferty tylko do jednego wykonawcy. Podnosił, że o ile w tym konkretnym przypadku możliwe jest wskazanie innego urządzenia dostępnego na rynku, które wymóg mogłoby spełnić, o tyle urządzenie to nie spełnia innych wymogów wskazanych w parametrach technicznych opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzuty podniesione w tym odwołaniu nie zostały rozpoznane co do istoty.

Do odwołania nie dołączono dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego. Pismem z 18 września 2018 r. na podstawie art. 187 ust. 3 ustawy wezwano odwołującego pod rygorem zwrotu odwołania do złożenia w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego. Odwołujący nie

przedłożył wymaganych dokumentów, w wyznaczonym terminie, w związku z czym Prezes Izby postanowieniem z 28 września 2018 r. zwrócił odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego przeciwko dopuszczeniu GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Uznała, że powołane przez tego wykonawcę stanowisko uznające za zgodne z prawem kwestionowane odwołaniem postanowienia SIWZ, stanowi wystarczające wykazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie. Wsparcie zamawiającego w obronie postawień SIWZ, które przystępujący uznaje za prawidłowe, uzasadnia udział danego wykonawcy w postępowaniu odwoławczym. Dostrzeżenia wymaga bowiem, że pojęcie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia, na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie posiada szerszy zakres przedmiotowy, niż interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym w odniesieniu do odwołującego stanowi art. 179 ust. 1 Pzp i nie powinno być wykładane zawężająco, zwłaszcza w sytuacji, gdy spór odwoławczy dotyczy treści SIWZ.

Izba uznała, że odwołanie nie może zostać skierowane na rozprawę w całości, gdyż zarzut dotyczący niedopuszczalności wymagania zawartego w pkt 29 Załącznika 2.2. Parametry techniczne został podniesiony z uchybieniem terminu.

Odwołujący termin na wniesienie odwołania wiąże ze zmianą SIWZ dokonaną przez zamawiającego 28 września 2018 r., pomija jednak, że wprowadzenie powiększenia 1,5x jako parametru granicznego nastąpiło wcześniej, już w odpowiedziach na pytanie udzielonych 7 września, potwierdzonych następnie pismem z 12 września 2018 r. Ustawa w art. 182 statuuje trzy sposoby liczenia terminu na wniesienie odwołania. Ust. 1 znajduje zastosowanie w odniesieniu do czynności, o których zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców, ust. 2 znajduje zastosowanie w odniesieniu do treści SIWZ lub postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast ust. 3 tego przepisu stosuje się w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 i 2. Art. 182 ust. 3 Pzp wskazuje, że początkiem biegu terminu na wniesienie odwołania powinien być dzień, w którym wykonawca działający z należytą starannością powziął lub mógł powziąć informacje o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania.

Informację, że zamawiający wymaga dostarczenia zestawu umożliwiającego uzyskanie powiększenia 1,5x odwołujący powziął, nie z treści zmienionej SIWZ, lecz z udzielonych 7 września 2018 r. odpowiedzi na pytania. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg 8 września 2018 r. i upłynął 17 września 2018 r. Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu w żadnym przypadku.

W odwołaniu wniesionym tego dnia odwołujący, niezależnie od tego, że kwestionował przede wszystkim brak wewnętrznej spójności dokumentacji postępowania, podnosił również, że wymaganie zamawiającego pozwala na złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy. Takie samo stanowisko zaprezentowane zostało w badanym odwołaniu oraz na rozprawie, zatem jego rozważenie przez Izbę jest niedopuszczalne. Przepisy ustawy sprzeciwiają się temu, aby dany zarzut mógł być dwukrotnie podnoszony w kolejnych odwołaniach w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje się okoliczności, które mógł ujawnić wcześniej. Pogląd ten jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie Izby (przykładowo rozstrzygnięcia w sprawach: **K**IO 1798/14, KIO2991/13, KIO 2098/15, KIO 2658/15, KIO 1804/15, KIO 341/15, KIO 1251/11, KIO 1646/11 KIO 157/11, , znalazł również potwierdzenie w stanowisku SO w Warszawie w sprawie V Ca 2142/12 oraz SN w uchwale z 28 lutego 2013 r. III CZP 107/12.

Zaprezentowane stanowisko oznacza, że kwestią mogącą być badaną na rozprawie jest zarzut dotyczący żądania, zawartego w pkt 30 dostarczenia dodatkowego zestawu do zdjęć powiększonych, z powiększeniem większym niż 1,5x, jako niewymagalnego oraz przyporządkowanie mu punktacji w ramach Kryterium jakościowego. W tej mierze dostrzec trzeba, że zarzut ten można zidentyfikować jedynie przez wskazane przez odwołującego powołanego brzmienia SIWZ oraz zgłoszone żądanie, które na rozprawie odwołujący ograniczył do skreślenia pkt 30.

Innych treści odwołanie nie zawiera. Tymczasem art. 183 ust. 3 Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. W konsekwencji sposób postawienia przez odwołującego zarzutu wobec elementu kryterium oceny ofert stoi na przeszkodzie jego rozpoznaniu. Zarzut stanowi bowiem zespół okoliczności faktycznych i prawnych, z których opisania w odwołaniu Izba oraz uczestnicy postępowania odwoławczego powinni powziąć wiedzę, co i dlaczego kwestionuje wykonawca.

Podjęta przez skład orzekający na rozprawie próba identyfikacji tych treści w odwołaniu, nie jest – jak postrzegał

odwołujący – formalizmem, lecz działaniem wynikającym z obowiązku ustalenia granic rozpoznania odwołania. Art. 192 ust. 7 Pzp sprzeciwia się bowiem rozpoznaniu zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Za przekroczenie granic zarzutu należy uznać wywodzenie przez odwołującego zbędności i antykonkurencyjności tego kryterium.

Odwołujący przez złożone dowody zmierzał bowiem do wykazania równoważności użytkowej i diagnostycznej powiększenia 1,5x i 1,8x oraz możliwości spełnienia wymagania zamawiającego dotyczącego zestawu dającego możliwość uzyskania powiększenia 1,5x wyłącznie przez przystępującego.

Takie stanowisko odwołującego, wobec faktu, że wymaganie zamawiającego dotyczącego zestawu dającego możliwość uzyskania powiększenia 1,5x wyłącznie przez przystępującego pozostało w mocy oznacza brak wykazania przez niego przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp.

Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym danym zamówieniem, zatem ma interes w jego uzyskaniu. Jednak zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy nie mogą spowodować po stronie odwołującego nawet potencjalnej możliwości poniesienia szkody, skoro – jak wskazał w odwołaniu i dowodził na rozprawie - nie może złożyć oferty w tym postępowaniu, powodu braku możliwości zaoferowania zestawu z powiększeniem 1,5x.

Przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp stanowią materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania. Podlegają obligatoryjnemu badaniu na rozprawie, które następuje w pierwszej kolejności. Brak wykazania przez odwołującego się wykonawcę interesu w uzyskaniu danego zamówienia lub poniesienia lub możliwości poniesienia szkody oznacza oddalenie odwołania bez konieczności rozstrzygania co do zarzutów podniesionych w odwołaniu (wyrok SO w Lublinie z 5 maja 2008 r. IX Ga 44/08)

Odwołujący nie spełnia przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp, zatem odwołanie w rozpoznawanej części należy oddalić.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: .....