

WYROK

z dnia 16 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę Carestream Health Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Samodzielny Zespół Publicznych

Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga-Północ w Warszawie

przy udziale wykonawcy Creator-Comm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień

publicznych i nakazuje zamawiającemu - Samodzielnemu Zespołowi Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga-Północ w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym, w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Carestream Health Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, nakazuje podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża w częściach równych zamawiającego - Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga-Północ w Warszawie oraz wykonawcę Carestream Health Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez Carestream Health Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego - Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa

Otwartego Warszawa Praga-Północ w Warszawie na rzecz wykonawcy Carestream Health Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych, zero groszy), stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1688/19

I. Samodzielny Zespół Publicznych Zakładowych Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga-Północ w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zakup sprzętu dla Samodzielnego Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Regionalnego Szpitala Zespół Publicznych Zakładowych Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga-Północ”, część 1.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 kwietnia 2019r. pod numerem 2019/S 083-196629, Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 30 sierpnia 2019 r. wykonawca Carestream Health Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do szczegółowego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, z podaniem zarówno podstawy prawnej jak i faktycznej swojej czynności, skutkiem czego Odwołujący został pozbawiony możliwości pozięcia informacji niezbędnych do obrony;

2. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, że nie zawiera ona jakichkolwiek braków, w szczególności zaś uwzględnia wszystkie wymagania funkcjonalne, opisane w Załączniku nr 2 do oferty;

3. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest nie do swobodnej oceny złożonych ofert, lecz do dowolnej ich oceny, a co za tym idzie w toku badania ofert nie jest zobowiązany do wyjaśniania wszelkich wątpliwości, a w szczególności tych, które skutkują uznaniem oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu, choć rygor należytej staranności zakazuje Zamawiającemu poleganie na domniemanej treści oferty;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm, choć jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim Wykonawca ten nie zaoferował integracji oferowanych urządzeń i systemu z systemem PACS/RIS, posiadanym przez Zamawiającego,

względnie:

art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 36b ust. 1, poprzez zaniechanie wykazania koniecznego pod

wykonawstwa w tym zakresie, tj. nie wykazał zakresu pod wykonawstwa ani firm podwykonawców, pomimo wymagań Zamawiającego oraz pomimo że zakres podwykonawstwa i firm podwykonawców były znane Creator-Comm na dzień składania ofert, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Creator-comm miast wybierania jej jako oferty najkorzystniejszej;

5. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm, choć jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim Wykonawca ten nie zaoferował świadczenia usług serwisowych przez autoryzowany serwis producenta, względnie:

art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 36b ust. 1, poprzez zaniechanie wykazania koniecznego podwykonawstwa w tym zakresie, tj. nie wykazał zakresu podwykonawstwa ani firm podwykonawców, pomimo wymagań Zamawiającego oraz pomimo że zakres podwykonawstwa i firm podwykonawców były znane Creator-Comm na dzień składania ofert, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Creator-comm zamiast wybierania jej jako oferty najkorzystniejszej;

6. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do zaniechania odrzucenia oferty Creator-Comm, choć jej treść jest niezgodna z treścią ustawy w zakresie w jakim Wykonawca ten nie zaoferował wykonania robót budowlanych (w zakresie dostosowania pomieszczeń) niezbędnych do instalacji i użytkowania oferowanego sprzętu,

względnie:

art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 36b ust. 1, poprzez zaniechanie wykazania koniecznego podwykonawstwa w tym zakresie, tj. nie wykazał zakresu podwykonawstwa ani firm podwykonawców, pomimo wymagań Zamawiającego oraz pomimo że zakres podwykonawstwa i firm podwykonawców były znane Creator-Comm na dzień składania ofert, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Creator-comm miast wybierania jej jako oferty najkorzystniejszej;

7. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest nie do swobodnej oceny złożonych ofert, lecz do dowolnej ich oceny, a co za tym idzie w toku badania ofert nie jest zobowiązany do powstrzymywania się od negocjacji z Creator-Comm, w skutek czego Zamawiający uznał nielegalną zmianę oferty Creator-Comm (uczyniona w toku wyjaśnień) za dopuszczalną i wiążącą;

8. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonych przez Creator-Comm wyjaśnień, pomimo że w wyjaśnieniach tych Creator-Comm wprost przyznała, że cena ofertowa nie obejmuje wszystkich elementów cenotwórczych, co powinno było wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości w zakresie rzetelności tej ceny, skutkiem czego Zamawiający powinien był wezwać Creator-Comm do wyjaśnienia ceny ofertowej wskazanej w ofercie Creator-Comm, pod kątem jej realności, celem weryfikacji, czy nie jest to cena rażąco niska;

a z ostrożności również:

9. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do rzetelnego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, w toku badania ofert nie jest zobowiązany do wyjaśniania wszelkich wątpliwości, lecz uprawniony jest do domniemywania treści oferty, skutkiem czego Zamawiający zaniechał wyjaśnienia dalszych wątpliwości dotyczących się oferty Creator-Comm,

choć pierwsze wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę nie wyjaśniły wątpliwości w sposób bezsporny, lecz wręcz stały się przyczyną dalszych niejasności, co do treści oferty Creator-Comm.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu, aby w części 1 postępowania:

1. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzył czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
  - 2.1. wezwania Odwołującego do wyjaśnień,
  - 2.2. odrzucenia oferty Creator-Comm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ze wskazaniem w uzasadnieniu faktycznym wszystkich przesłanek wskazanych w niniejszym odwołaniu;

względnie

- 2.3. odrzucenia oferty Creator-Comm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ze wskazaniem w uzasadnieniu faktycznym wszystkich przesłanek wskazanych w niniejszym odwołaniu;
3. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Creator-Comm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zarzuty odwołania można podzielić na dwie grupy: zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołującemu, w zakresie zarzutów, dotyczących odrzucenia jego oferty, z pewnością przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Natomiast w ocenie składu orzekającego, co najmniej wątpliwy jest interes Odwołującego, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w podnoszeniu zarzutów wobec oferty Przystępującego, która - jeżeli oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona z postępowania - zajęłaby kolejne, po Odwołującym, miejsce w rankingu ofert. W takich okolicznościach nawet bowiem skuteczne zakwestionowanie oferty Przystępującego nie zwiększy szansy Odwołującego na uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Pomimo powyższej wątpliwości, Izba odniosła się merytorycznie do wszystkich zarzutów odwołania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się zarzut zaniechania podania przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, tj. zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, a przede wszystkim - że Zamawiający nie podał, w sposób zgodny z 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że Zamawiający, w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 20 sierpnia 2019 r. wskazał, że „Oferta nieważna, została odrzucona ze względu na brak uwzględnienia w ofercie wszystkich funkcjonalności opisanych w załączniku nr 2 do oferty”.

Zamawiający nie podał skonkretyzowanych podstaw odrzucenia - odrzucając ofertę jako niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych powinien uszczegółowić, jaki element oferty Odwołującego nie odpowiada określonym postanowieniom SIWZ. Ogólne przywołanie funkcjonalności z Załącznika nr 2 to zbyt mało. Dopiero z odpowiedzi na zawiadomienie wynikały rzeczywiste podstawy odrzucenia oferty - Zamawiający podnosił, że Odwołujący w ofercie nie ujął montażu urządzeń.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych był uzasadniony. Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający powinien podać powody odrzucenia oferty. Zamawiający podaje podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SIWZ).

Tak opisany obowiązek ustawowy służy celom nie tylko informacyjnym, ale ma doniosłe skutki dla postępowania - wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej. Tymczasem w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie wynikała żadna informacja, z której można byłoby wywieść, z jakiego powodu oferta została odrzucona. Nie ma żadnego znaczenia, że były jakiegokolwiek rozmowy czy informacje ustne (co zresztą nie było w żaden sposób udokumentowane). Nie można też zaakceptować stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, w którym Zamawiający wskazywał, że skoro Odwołujący nie wiedział z jakiego powodu jego oferta została odrzucona, to mógł zapytać. Ta informacja powinna być zawarta w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a w razie jej braku - złożenie odwołania było jedyną skuteczną drogą dochodzenia swoich praw przez Odwołującego.

W toku rozprawy okazało się, że Odwołujący złożył załącznik nr 2 korzystając z wzoru, załączonego do SIWZ, sprzed modyfikacji. Po modyfikacji SIWZ dodano w załączniku nr 2 pozycję nr 3 i w ślad za tym kolejne elementy, składające się na tę pozycję. Izba jednak nie mogła oceniać tej okoliczności - nie została ona opisana w podstawach odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Dlatego Izba nakazała powtórzenie badania i oceny ofert, przy czym, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych sprawy, można się spodziewać, że Zamawiający ponownie odrzuci ofertę Odwołującego, jednak w takim przypadku powinien podać w wyczerpujący sposób przesłanki faktyczne jej odrzucenia. Na tej podstawie Odwołujący będzie mógł podjąć decyzję, czy będzie się odwoływał od decyzji Zamawiającego. Wobec czego, na obecnym etapie postępowania, badanie zasadności odrzucenia oferty byłoby przedwczesne.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty podał, że oferta Odwołującego jest „nieważna”, jednak wobec równoczesnego wskazania, że oferta została odrzucona, należy uznać, że Zamawiający nie stwierdził nieważności czynności prawnej, ale jedynie użył niewłaściwego określenia.

Druga grupa zarzutów, podniesionych w odwołaniu, dotyczyła zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie składu orzekającego, żaden z tych zarzutów się nie potwierdził.

Po pierwsze, Odwołujący zarzucał, że Przystępujący nie wskazał podwykonawców w trzech obszarach: integracji sprzętu, montażu i autoryzowanego serwisu. Jednak ani z treści SIWZ, ani z postanowień załączonej do niej umowy nie wynika, że wskazanie podwykonawców w przedmiotowym postępowaniu ma charakter inny, niż informacyjny. Nie miało to też żadnego wpływu na ocenę oferty, a wyjaśnienia Przystępującego w tym względzie (Zamawiający pytał, kto będzie wykonywał określone zakresy robót), nie stanowiły jej modyfikacji. Niezależnie od powyższego, nie można na obecnym etapie przesądzić, że jeżeli nawet wskazane zakresy wykonywałyby podmioty zewnętrzne, to należałoby przypisać im status „podwykonawcy”. Zdaniem Izby, świadczenie autoryzowanego serwisu nie musi być uznane za podwykonawstwo, podobnie, jak dokonanie integracji sprzętu. Podobnie co do robót budowlanych (montażu urządzeń). Dodatkowo, wywodzenie przez Odwołującego z zakresu działalności opisanego w Krajowym Rejestrze Sądowym, że Przystępujący nie może wykonać robót budowlanych samodzielnie, jest chybione. W ocenie Izby przedmiot działalności nie może przesądzać, że określonego zakresu przedmiotu zamówienia wykonawca nie może wykonać. Odwołujący nie przedstawił innych przekonujących dowodów.

Po drugie - Odwołujący podnosił, że cena oferty Przystępującego powinna co najmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Jednak Przystępujący zaoferował cenę wyższą, niż

Odwołujący. W ocenie składu orzekającego Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że cena zaoferowana przez Przystępującego powinna być zbadana przez Zamawiającego. W konsekwencji Izba oddaliła zarzuty odwołania w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Ponieważ odwołanie składało się z dwóch grup zarzutów - dotyczących oferty Odwołującego, które zostały uwzględnione (tj. uwzględniono kluczowy zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), oraz dotyczących oferty Przystępującego, które zostały oddalone, Izba uznała, że słuszne będzie obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Reasumując, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: