

**WYROK**

**z dnia 14 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2013 r. przez odwołującego - FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie oceny ofert w postępowaniu na dostawę wraz z montażem sprzętu potrzebnego do ucyfrowienia aparatu mammograficznego, w tym podanie pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego tych czynności,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lublinie na rzecz odwołującego - FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy

sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Lublinie.

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem sprzętu potrzebnego do ucyfrowienia aparatu mammograficznego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP nr 158731-2013 z dnia 09.08.2013 r.

W dniu 27.09.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie.

W dniu 02.10.2013 r. FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jej oferty, w tym zaniechania podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia, dającego podstawę do wywiedzenia linii obrony zastosowanej podstawy odrzucenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. 91 ust. 1, a to w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, iż zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej, przez wybór oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty, której treści odpowiada treści SIWZ;
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie przesłania w informacji o odrzuceniu ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego;
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania m.in. wskazano, iż w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający nie wskazał podstaw faktycznych tej czynności. Ponadto odwołujący podkreślał i wywodził, że jego oferta została przygotowana i złożona według wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz rozpatrywana jako całość jest generalnie zgodna z jej treścią, a wszelkie ewentualne jej wady i braki podlegają uzupełnieniu albo wyjaśnieniu i poprawieniu – odpowiednio na podstawie art. 26 ust. 3 lub art. 87 ustawy.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W zawiadomieniu z dnia 27 września 2013 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadającą treści SIWZ.

Natomiast w ramach uzasadnienia faktycznego czynności wskazano:

*„Wykonawca w załączniku nr 7 - Warunki gwarancji nie podał (nie określił) wymaganych przez Zamawiającego informacji. Wymagane dane są konieczne do wpisania do umowy. Załącznik ten nie podlega uzupełnieniu.”.*

Według treści SIWZ, w załączniku nr 7, w jego 14 pozycjach, należało podać różnorakie informacje na temat oferowanych warunków gwarancji (m.in. jej okresu, czasu reakcji serwisu, sposobu przeprowadzania napraw i zapewniania urządzeń zastępczych ... etc.)

Odwołujący wraz ze swoją ofertą przedstawił wypełniony załącznik nr 7.

W piśmie z dnia 8 października br. skierowanym do odwołującego i zatytułowanym „Uzupełnienie informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy” zamawiający wskazał, iż w nawiązaniu do informacji o odrzuceniu oferty FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce (pismo z dnia 27 września 2013 r.), a także wobec wniesienia w dniu 2 października 2013 r. przez tego wykonawcę odwołania – zamawiający *„doprecyzowuje okoliczności faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty”*. Następnie w tym zakresie zamawiający podał, że zarzucana niezgodność treści oferty z SIWZ polega na braku podania w poz. 3 załącznika nr 7 informacji na temat oferowanego czasu reakcji serwisu, co było w treści załącznika nr 7 wymagane.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne odrzucenia oferty odwołującego wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 27 września br., Izba stwierdziła, iż zamawiający żadnych podstaw faktycznych dokonanej przez siebie czynności właściwie nie podał. Wskazał jedynie ogólnie na brak podania informacji wymaganych w załączniku nr 7 do SIWZ. Nie podał i nie opisał, z którymi konkretnie materialnymi bądź formalnymi wymaganiami specyfikacji oferta wykonawcy jest niezgodna oraz na czym ta niezgodność polega – nie wskazał, których informacji w treści oferty zabrakło lub z jakich powodów informacje podane uznaje za niewystarczające lub niezgodne z SIWZ. Niestety samo generalne wskazanie, że pewnych informacji brakuje oraz odesłanie do treści załącznika nr 7 – chociażby ze względu na wielość wymagań zamawiającego, które z postanowień tego załącznika wynikają – nie jest zrozumiałe samo przez się i nie pozwala ustalić na czym konkretnie zarzucana niezgodność oferty z danym fragmentem SIWZ polega i do czego się sprowadza. Pośrednio do wadliwości podjętej czynności przyznał się sam zamawiający, uzupełniając uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego – jak wynika z powyższego, podanie tego typu informacji od razu, bezpośrednio po odrzuceniu oferty, było możliwe i nie nastęrczało żadnych trudności.

W związku z powyższym należało potwierdzić zarzut odwołania i orzec naruszenie przez zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego.

Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć i przeważanie ma poważny wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający podał im np. dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić (zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może

orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Tym samym jakiegokolwiek podstawy odrzucenia oferty, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, a podnoszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

Z tych względów nie wzięto pod uwagę „Uzupełnienia informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy” z dnia 8 października 2013 r.. Powyższe dokonane zostało po wniesieniu przedmiotowego odwołania i w odpowiedzi na nie, a także po terminie na wniesienie odwołań względem czynności odrzucenia oferty. Ww. „uzupełnienie” nie stanowiło nowej, powtórzonej oraz znanej ustawie, odrębnej czynności w postępowaniu, względem której mogło przysługiwać wykonawcy odwołanie. Stanowiło jedynie podanie uzasadnienia faktycznego dla czynności objętej przedmiotowym odwołaniem, i jako takie nie różniło się, co do swych skutków, od podania w odpowiedzi na odwołanie lub na rozprawie przed Izbą, dodatkowych, niewyrażonych w uzasadnieniu czynności i nieobjętych odwołaniem, podstaw odrzucenia oferty.

W związku z powyższym dokonanie ww. „uzupełnienia”, na które zamawiający się powoływał, nie wywarło postulowanego przezeń skutku procesowego. Natomiast inaczej należałoby odnieść się do sytuacji, w której zamawiający unieważniłby pierwotną czynność odrzucenia oferty, a następnie ją powtórzył (jako czynność nową) – tym razem już z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego tej czynności. W takim przypadku odwołanie (o ile nie zostałoby cofnięte) podlegałoby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, w związku z brakiem „w obrocie” czynności, której odwołanie dotyczyło. Natomiast wykonawca miałby możliwość oceny zasadności wniesienia odwołania względem nowej, akuratnie już uzasadnionej, czynności zamawiającego, w terminie liczonym od dnia podjęcia tej czynności.

Uwzględniając powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego, Izba nie orzekała o żadnych powodach odrzucenia oferty odwołującego (czyli o jej ewentualnej niezgodności z SIWZ), które nie zostały podane w uzasadnieniu



czynności odrzucenia, ale były podnoszone przez zamawiającego już po wniesieniu odwołania. Natomiast w związku z popełnionym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie względem tak przeprowadzonej czynności i nakazała zamawiającemu jej powtórzenie wraz z podaniem akuratnego uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego, w celu umożliwienia wykonawcy postawienia zarzutów co do ewentualnie stwierdzonych i akuratnie wyrażonych przez zamawiającego faktycznych podstaw odrzucenia oferty. Przy czym zaznaczyć należy, iż sentencja zapadłego wyroku nie zobowiązuje bynajmniej zamawiającego do uzyskania dokładnie takiego samego wyniku oceny ofert, jak w przypadku czynności będącej przedmiotem niniejszego odwołania.

Na marginesie Izba dodaje, iż w przypadku wskazania w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, o braku których informacji jest w tym przypadku mowa, zamawiający miałby szansę na uzyskanie już w treści odwołania wyjaśnień, że dokładnie takie same informacje, jak wymagane w poz. 3 zał. nr 7, podano mu w ofercie odwołującego w załączniku nr 6 tabela G poz. 1.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....