

WYROK
z dnia 1 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia br. przez wykonawcę M. W. spółka akcyjna w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w K.

przy udziale wykonawcy E. spółka akcyjna w W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Szpitalowi Miejskiemu Specjalistycznemu im. Gabriela Narutowicza w K. powtórzenie badania i oceny ofert, oraz odrzucenie oferty wykonawcy E. spółka akcyjna w W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Pozostałe niewycofane zarzuty oddala.
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe przyznanie punktów za zaoferowanie urządzenia w ofercie wykonawcy E. spółka akcyjna w W.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę E. spółka akcyjna w W. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę M. W. spółka akcyjna w W. tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy E. spółka akcyjna w W. na rzecz wykonawcy M. W. spółka akcyjna w W. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1744/17

Uzasadnienie

I. Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w K. (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie nadbudowy i rozbudowy Budynku Głównego SMS im. G. Narutowicza w K. dla potrzeb Bloków Operacyjnych - roboty budowlano – instalacyjne wraz z zakupem, dostawą i montażem wyposażenia stałego" w ramach realizacji projektu pn., „Utworzenie Centrum diagnostyki, leczenia i profilaktyki chorób przewodu pokarmowego i gruczołów dokrewnych w SMS im. G. Narutowicza w K.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 10 czerwca 2017 r., poz. 2017/S 220745-2017. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21 sierpnia 2017 r. wykonawca M. W. spółka akcyjna w W. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy E. SA, zwanej dalej „E.”, jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, z powodu niesłusznego uznania przez Zamawiającego za spełniające wymagania parametryczne SIWZ zaoferowanych przez wybranego wykonawcę sprzętów i urządzeń medycznych, ujętych w Wykazie wyposażenia stałego i urządzeń (załącznik nr 9 do SIWZ) i załącznikach do Wykazu będących Arkuszami Informacji Technicznej oraz dołączonych doń oświadczeniach i dokumentach ich dostawców mających potwierdzać oceniane parametry wyposażenia stałego w zakresie:

a) załącznika 1.2.3, poz. 33 tabeli parametrów granicznych: wymóg dotyczący regulacji średnicy pola operacyjnego uchwytu centralnego do lampy operacyjnej (...) produkcji M.,

b) załącznika 1.2.5, poz. 15 tabeli parametrów granicznych: wymóg dotyczący temperatury barwowej światła głównego lampy diagnostyczno - zabiegowej (...) produkcji M.;

(2) a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty E. jako nieodpowiadającej treści SIWZ z powodu niespełnienia wymogu dotyczącego zapewnienia autoryzowanego serwisu producenta zabudowy systemowej i drzwi oraz niezłożenia dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta w tym zakresie,

o których mowa w załączniku nr 1.1 do SIWZ, pkt 14 tabeli zawierającej „Zestawienie uzupełniających parametrów i warunków wymaganych dla wykonania sal operacyjnych, sal przygotowania lekarzy / pacjenta, sale wybudzeń, korytarze”, które winny być złożone przez wykonawcę zgodnie z pkt 8.9 pkt 2 tabeli pt. „Wymagany dokument” i pkt 8.13.4 do SIWZ,

a także art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy E. z postępowania za podanie informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania autoryzowanego serwisu producenta zabudowy systemowej i drzwi oraz wymaganego dokumentu autoryzacji producenta, co wykonawca ten świadomie wykazał w „Zestawieniu uzupełniających parametrów i warunków wymaganych dla wykonania sal operacyjnych, sal przygotowania lekarzy i pacjenta, sale wybudzeń, korytarze” i informacja ta jako potwierdzająca spełnianie wymagań Zamawiającego miała wpływ na decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo faktycznego niedysponowania rzeczonym serwisem ani dokumentem autoryzacji przez wybranego wykonawcę, z zastrzeżeniem braku możliwości wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych z powodu podania informacji nieprawdziwych,

a w przypadku nieuznania zarzutu w zakresie pkt 2 lit a), Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

b) art 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, o których mowa w Załączniku nr 1.1 do SIWZ;

(3) art 8 ust. 1 i 3 oraz art 96 ust 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003r., nr 153 poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej „UZNK”, oraz art 179 i nast. Prawa zamówień publicznych, poprzez utrzymanie skuteczności utajnienia dokumentów zawartych w ofercie wybranego wykonawcy, pomimo podjęcia przez Zamawiającego decyzji o ich ujawnieniu w odniesieniu do części oferty oraz o utrzymaniu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do pozostałych dokumentów, pomimo niespełnienia przez zastrzeżone informacje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, co wpłynęło na ograniczenie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej i podnoszenia zarzutów w zakresie utajnionej oferty zawierającej informacje mogące potwierdzać niespełnienie wymagań Zamawiającego W zakresie oferowanych sprzętów i urządzeń medycznych oraz innych elementów wyposażenia;

(4) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty E. jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, ponieważ oferta tego wykonawcy podlega

odrzuconiu, co potwierdza również naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także z powodu nieprawidłowego naliczenia punktów za zaoferowanie tego samego urządzenia, co w ofercie E., stanowiącego element wyposażenia, o którym mowa w załączniku nr 1.2,8 pkt 29 do SIWZ;

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

(1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez E. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

(2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie - nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty E. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako nieodpowiadającej treści SIWZ i/lub wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych, w związku z potwierdzeniem się zarzutu ujętego w pkt 1 i/lub 2 niniejszego odwołania, z zastrzeżeniem ewentualnego wezwania do uzupełnienia dokumentów z załącznika nr 1.1. do SIWZ na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w przypadku nieuznania zarzutów co do nieprawdziwości informacji,

a także nakazanie Zamawiającemu ponownej weryfikacji punktów przyznanych za spełnienie wymagań parametrycznych zaoferowanego urządzenia, stanowiącego element wyposażenia, o którym mowa w załączniku nr 1.2.8 pkt 29 do SIWZ w sposób zgodny z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz z poszanowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;

(3) w przypadku nieuznania żądania ujętego w punkcie poprzednim - o nakazanie odtajnienia niesłusznie nieudostępnionej wykonawcom do wglądu utajnionej części oferty E., zawierającej informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 UZNK, co uniemożliwiło skuteczne podnoszenie zarzutów wobec treści oferty wybranego wykonawcy w tym zakresie, pomimo występowania w niej informacji zawierających potwierdzenie niespełnienia wymagań SIWZ w zakresie oferowanych sprzętów i urządzeń medycznych oraz innych elementów wyposażenia, co pośrednio potwierdzają ujawnione w postępowaniu oświadczenia i dokumenty zawarte w ofercie tego wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca E. spółka akcyjna w W., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: E. albo Przystępujący).

II. Przystępujący na posiedzeniu złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, w związku z art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, podnosząc, że w odwołaniu nie przedstawiono wszystkich dowodów, mimo deklaracji w treści odwołania, że je Odwołujący posiada.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania, stwierdzając, że ewentualne braki w przedstawieniu dowodów wpływają na merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania, a nie skutkują odrzuceniem odwołania. W postępowaniu odwoławczym nie przewidziano prekluzji dowodowej, i zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. drugie Prawa zamówień publicznych, dowody można zgłaszać do zamknięcia rozprawy. W konsekwencji nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący w piśmie z dnia 29 sierpnia 2017 r., złożonym do akt postępowania, oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutu w zakresie oceny i punktowania parametrów, dotyczących urządzenia, wykazanego w załączniku nr 1.2.8 pkt 29 do specyfikacji i naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, że w związku z niepodtrzymaniem zarzutu przez Odwołującego, w zakresie oceny i punktowania parametrów, dotyczących urządzenia, wykazanego w załączniku nr 1.2.8 pkt 29 do specyfikacji i naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uwzględni pozostałe zarzuty odwołania.

Ponieważ w przepisach Prawa zamówień publicznych nie przewidziano w postępowaniu odwoławczym czynności polegającej na „niepodtrzymaniu zarzutów”, Izba uznała, że Odwołujący zarzuty te wycofał.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego pozostałych zarzutów odwołania.

III. Wobec braku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, rozpoznano odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów, co do których wniesiono sprzeciw.

Odwołującemu 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 zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczym zarzutem odwołania było zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako niezgodnej z treścią SIWZ. W odwołaniu wskazano na kilka podstaw faktycznych odrzucenia oferty – potwierdzenie się choćby jednej z nich powoduje uznanie odwołania za podlegającego uwzględnieniu.

Odwołujący między innymi zarzucał Zamawiającego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty E. jako nieodpowiadającej treści SIWZ z powodu niespełnienia wymogu dotyczącego zapewnienia autoryzowanego serwisu producenta zabudowy systemowej i drzwi oraz niezłożenia dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta w tym zakresie, o których mowa w załączniku nr 1.1 do SIWZ, pkt 14 tabeli zawierającej „Zestawienie uzupełniających parametrów i warunków wymaganych dla wykonania sal operacyjnych, sal przygotowania lekarzy / pacjenta, sale wybudzeń, korytarze”, które winny być złożone przez wykonawcę zgodnie z pkt 8.9 pkt 2 tabeli pt. „Wymagany dokument” i pkt 8.13.4 do SIWZ.

W zakresie tak postawionego zarzutu Izba ustaliła, co następuje:

Wymóg przedstawienia „autoryzacji producenta” zgodny z pkt. 8.13.4 SIWZ w z zw. z tabelą załącznika nr 1.1 do SIWZ był niesporny. Przystępujący nie polemizował z nim ani na etapie możliwości kwestionowania postanowień SIWZ, ani po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia dokumentów. Dopiero na rozprawie wskazywał, że taka autoryzacja jest udzielana indywidualnie do każdego zamówienia - jednak na etapie oceny ofert zastrzeżenia w zakresie wymogów wynikających z SIWZ są wnoszone po terminie. Przystępujący do oferty nie załączył autoryzacji producenta, a w odpowiedzi na wezwanie złożył oświadczenie własne, że taką autoryzację uzyska. Powyższe potwierdza w ocenie składu orzekającego, że Przystępujący nie posiadał autoryzacji producenta na dzień składania ofert i nie posiadał jej, odpowiadając na wezwanie zamawiającego. Wymaganą wraz z ofertą autoryzację może otrzymać dopiero po uzyskaniu zamówienia. Przesądza do zdaniem Izby o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ i skutkuje jej odrzuceniem. Natomiast nie prowadzi do ustalenia, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd – Przystępujący nie zapewniał, że posiada autoryzację, ale że może ją pozyskać w przyszłości.

Należy zauważyć, że Izba w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie oceniała wymogu Zamawiającego co do załączenia do oferty autoryzacji producenta – ponieważ wymóg był stanowczy i niesporny, to odstąpienie od niego na etapie badania i oceny ofert prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Odnosnie pozostałych podstaw faktycznych odrzucenia oferty Przystępującego, podnoszonych w odwołaniu, to w ocenie Izby nie zostały one potwierdzone w toku postępowania odwoławczego. Wymóg dotyczący regulacji średnicy pola operacyjnego nie został przez Zamawiającego dookreślony w SIWZ, a odpowiedź na zadane pytanie do treści SIWZ „zgodnie z SIWZ” nie stanowiła doprecyzowania wcześniejszych postanowień, zatem na etapie oceny ofert trudno znaleźć podstawy do braku zaakceptowania rozwiązania proponowanego w ofercie Przystępującego, nawet jeżeli jest ono niezgodne z intencją Zamawiającego. Co do wymogu dotyczącego temperatury barwowej światła głównego lampy diagnostyczno - zabiegowej (...), to Przystępujący do oferty załączył kartę katalogową, potwierdzającą spełnienie parametru zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego (4500K). Możliwe zatem jest, że urządzenie występuje w co najmniej dwóch możliwych konfiguracjach, stąd rozbieżność pomiędzy kartami katalogowymi, na które powoływał się Odwołujący. W konsekwencji Izba powyższych podstaw faktycznych odrzucenia oferty, podnoszonych w odwołaniu, nie uznała za przesądzające o odrzuceniu oferty Przystępującego.

Izba oddaliła zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez podanie przez Przystępującego informacji co do parametrów oferowanych urządzeń – po pierwsze, jak wyżej wskazano, możliwe jest, że urządzenie występuje w co najmniej dwóch wariantach (na co wskazują odmienne parametry w dwóch różnych kartach katalogowych), po drugie – samo ewentualne ustalenie, że treść oferty wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, nie przesądza, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd. Złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ (podlegającej odrzuceniu), nie jest w ocenie składu orzekającego tożsame z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Do takiej konstatacji prowadziłoby wyłącznie niebudzące wątpliwości ustalenie, że w ofercie podano informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy co do deklarowanych parametrów – a takiego ustalenia w toku postępowania odwoławczego nie powzięto.

Odwołujący na rozprawie podtrzymywał zarzuty, dotyczące nieuprawnionego utrzymania przez Zamawiającego, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji przedstawionych przez Przystępującego (zarzut naruszenia art. art 8 ust. 1 i 3 oraz art 96 ust 3 Prawa zamówień publicznych). Równocześnie Odwołujący przyznawał, że część dokumentacji Zamawiający co prawda mu udostępnił, ale na etapie złożenia odwołania dokumenty te nie były Odwołującemu znane.

Wobec takiego stanowiska Odwołującego, zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia dokumentów zawierających – według Przystępującego – tajemnicę przedsiębiorstwa nie mógł zostać uznany za słuszny. Sam Odwołujący przyznawał, że dokumenty zostały mu ujawnione, zatem Izba uwzględniając przedmiotowy zarzut, nie mogłaby nic nakazać, ponieważ Zamawiający już dokonał czynności ujawnienia dokumentów. Odwołujący nie

sprecyzował, z jaką częścią dokumentacji nadal nie mógł się zapoznać i jakie to może mieć znaczenie dla dalszego postępowania – dlatego Izba zarzut ten oddaliła.

Reasumując, ponieważ doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 b Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Przewodniczący:

.....