

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2018 r. przez wykonawcę zamówienia **Agfa Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 137a, 02-231 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego ul. L. Rydygiera 15/17 86-300 Grudziądz**.

przy udziale wykonawcy **Carestream Health Poland Sp. z o.o. ul. Wyczółki 40 02-820 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu III dotyczącego niewykazania przez Carestream Health Poland Sp. z o.o. spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Carestream Health Poland Sp. z o.o. ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

3. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i :

3.1 zasądza od zamawiającego Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego ul. L. Rydygiera 15/17 86-300 Grudziądz na rzecz odwołującego Agfa Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 137a 02-231 Warszawa kwotę 3 800,00 złotych, stanowiącą 1/3 kosztów z tytułu uiszczonych wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., 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 Toruniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego ul. L. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zakup sprzętu dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Regionalnego Szpitala Specjalistycznego im. Dr. Wł. Biegańskiego w Grudziądzu”*. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę, o której mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22.03.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Carestream Health Poland Sp. z o.o., ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Agfa Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 137a 02-231 Warszawa, dalej „Odwołujący” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Carestream, mimo że jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim wykonawca ten nie określił części zamówienia, jaką powierzy podwykonawcom oraz

art. 87 ust. 1 Pzp - poprzez bezzasadne uzupełnienie treści oferty w wyniku wyjaśnień - uzupełnienie złożenie oświadczenia o zakresie usług przewidzianych do podwykonawstwa,

II. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Carestream pomimo, że nie zaoferował integracji oferowanych urządzeń i systemu z systemem HIS/RIS oraz z systemem PACS posiadanymi przez Zamawiającego, względnie, że nie wykazał koniecznego podwykonawstwa w tym zakresie, tj. nie wykazał zakresu podwykonawstwa ani firm podwykonawców, pomimo wymagań Zamawiającego oraz pomimo, że zakres podwykonawstwa i firmy podwykonawców były znane wykonawcy na dzień składania ofert,

III. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia, względnie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy Carestream w sytuacji, gdy podmiot udostępniający wykonawcy zasoby tj. Alteris S.A. nie przekazał wiedzy i doświadczenia w sposób realny, a przez późniejsze wyjaśnienia wykonawcy zmienił treść swojego zobowiązania.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Carestream;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Carestream;

3. powtórzenia procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

Przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na zadania i przedmiotowe odwołanie odnosi się do czynności Zamawiającego podjętych w Zadaniu 2. Tylko Odwołujący oraz wykonawca Carestream (Przystępujący) złożyli ofertę na Zadanie nr 2 - aparaty rentgenowskie

Odwołujący uzasadniając pierwszy z podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający żądał określenia w formularzu oferty części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Tymczasem wykonawca Carestream pomimo że wskazał w ofercie firmę podwykonawcy - Aiteris S.A.. to jednak nie określił jaką część zamówienia zamierza powierzyć wskazanemu podwykonawcy. Stwierdził, że działanie Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia jaki zakres zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom - jest niedopuszczalne. Niedopuszczalne jest przyjęcie, że poprzez wyjaśnienia można uzupełniać treść oferty w tym aspekcie. Tymczasem - Zamawiający nie dość, że sam zaakceptował takie uzupełnienie, to do niego doprowadził. Ponadto w ocenie Odwołującego również w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust.4 Pzp - wykonawca Carestream nie sprecyzował zakresu podwykonawstwa w złożonej ofercie. W wyjaśnieniach wykonawca Carestream wskazał, że zamierza powierzyć Alteris S.A. prace budowlane i usługi informatyczne stanowiące 5% ceny oferty zgodnie z informacją podaną w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia.

Wykonawca Carestream nie sprecyzował, jakie „prace budowlane” oraz jakie „usługi informatyczne” ma wykonywać Alteris S.A. w ramach realizacji zamówienia. Za niewystarczające należy również uznać wskazanie, że podwykonawca wykona prace i usługi stanowiące 5% ceny oferty, bowiem wykonawca Carestream w żaden sposób nie sprecyzował zakresu przedmiotu zamówienia, do którego odnosi się przywołany wskaźnik procentowy. Wykonawca nie wskazał chociażby, do których pozycji formularza cenowego odnosi się udział podwykonawcy w wymiarze 5% ceny oferty. Podkreślił, że podanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia wartości 5% - nie stanowi określenia części zamówienia, jaką Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. W tym zakresie należy wskazać, że pojęcie „części zamówienia”, o którym mowa w art. 36 ust. 1 Pzp należy odnosić do konkretnego zakresu rzeczowego zamówienia, a nie jedynie abstrakcyjnego określenia przy użyciu wskaźnika procentowego.

Podniósł, że Zamawiający naruszył również art. 87 ust. 1 Pzp - poprzez bezzasadne uzupełnienie treści oferty w wyniku wyjaśnień - uzupełnienie złożenia oświadczenia o zakresie zamówienia powierzonych podwykonawcom. Wezwanie do wyjaśnień z 07.03.2018 r. - pomimo wskazania jako podstawy prawnej art. 26 ust 4 Pzp - w części dotyczącej

wyjaśnienia zakresu podwykonawstwa w ofercie stanowiło wezwanie do wyjaśnień treści oferty art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający bezpodstawnie przyjął wyjaśnienia wykonawcy Carestream, w których podjęto próbę uzupełnienia niewskazanego w ofercie zakresu podwykonawstwa, pomimo że zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp w ramach wyjaśnień treści oferty niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W rezultacie należy uznać, że wykonawca Carestream nie skonkretyzował zakresu podwykonawstwa w złożonej przez siebie ofercie, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednocześnie należy wskazać, że podana przez wykonawcę Carestream w JEDZ oraz wyjaśnieniach z 08.03.2018 r. informacja o powierzeniu podwykonawcy prac stanowiących 5% ceny oferty Carestream jest nieprawidłowa, ponieważ: - łączna wartość pozycji 3 i 4 formularza cenowego wykonawcy Carestream - które to pozycje obejmują usługi informatyczne i roboty budowlane, a więc elementy, które zgodnie z wyjaśnieniami z 08.03.2018 r. miały by zostać powierzone podwykonawcy - wynosi 423 120 zł, co stanowi 16,94 % ceny brutto Zadania 2 określonej przez wykonawcę Carestream. Wartość wskazanych prac znacznie więc przekracza poziom 5% wskazany w JEDZ i wyjaśnieniach wykonawcy. Podał także, iż Carestream nie jest firmą budowlaną, nie zatrudnia osób, które wykonują roboty budowlane, nie ma sprzętu, nawet nie ma wpisu w KRS i musi zatrudniać podwykonawców w tym zakresie - jej informacja o 5%, na którą później się powoływała i która miała uwiarygadniać prawidłowość oferty jest nieprawdziwa.

W zakresie zarzutu drugiego podniósł naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Carestream pomimo, że ten nie zaoferował integracji oferowanych urządzeń i systemu z systemem HIS/RIS oraz z systemem PACS posiadanymi przez Zamawiającego. Uzasadniając zarzut wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ „Opis techniczny” Zadanie nr 2 Zestawienie parametrów technicznych „Aparat RTG kostno-płucny dla potrzeb Szpitalnego Oddziału Ratunkowego” pkt. 52 str. 20 Zamawiający wymagał od wykonawców uwzględnienia w ofercie integracji z posiadanym przez Zamawiającego systemem PACS AGFA — w cenie oferty.

Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ „Opis techniczny” Zadanie nr 2 Zestawienie parametrów technicznych „Aparat RTG przyłóżkowy dla potrzeb Szpitalnego Oddziału Ratunkowego” pkt. 17 str. 27 w ofercie należało również uwzględnić integrację z posiadanym przez Zamawiającego systemem HIS/RIS na koszt Wykonawcy.

Ponadto w wyjaśnieniach treści SIWZ z 29.12.2017 r. w odpowiedzi na pytanie dotyczące sposobu i kosztów rozbudowy systemu PACS Zamawiający określił m.in. czynności, jakie mają być dokonane w ramach integracji, obowiązek ujęcia kosztów integracji w kosztach oferty oraz obowiązek przedstawienia przez producenta systemu PACS

rzetelnych ofert integracji wszystkim podmiotom, które się o to zwróca. Podkreślił, że Zamawiający nie narzucał sposobu integracji nowych aparatów diagnostycznych z systemem PACS. Wymagał jednak, aby integracja nowych urządzeń nie spowodowała wyczuwalnego spowolnienia pracy systemu i pogorszenia obecnego komfortu pracy użytkowników. Integracja powinna zawierać przyznanie licencji nowym urządzeniom oraz dodatkowe czynności konfiguracyjne systemu PACS. Ponadto Zamawiający wymagał, aby wszystkie koszty integracji, zgodnie z zapisami SIWZ, powinny być ujęte przez Wykonawców w cenie ofert. Podniósł, że powyższe oznacza, że integracja z posiadanymi przez Zamawiającego systemami HIS/RIS oraz PACS stanowiła część zamówienia udzielonego wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Aby wykonać integrację z systemem PACS posiadanym przez Zamawiającego - należało określić zakres podwykonawstwa w zakresie przedmiotowej integracji. W niniejszej sytuacji integrację PACS musi wykonać producent systemu- Agfa Sp. z o.o. (Odwołujący) i ten podmiot powinien zostać wskazany w ofercie Carestream jako podwykonawca. Aby zaś wykonać integrację z systemem HIS/RIS posiadanym przez Zamawiającego - należało zgłosić podwykonawstwo w zakresie przedmiotowej integracji. W niniejszej sytuacji integrację HIS/RIS musi wykonać firma Konsultant IT Sp. z o. o.

Wskazał, że w przypadku integracji z systemem PACS zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w odpowiedzi na pytanie z 29.12.2017 r. Agfa Sp. z o.o. przygotowała jednakowe oferty integracji dla wszystkich zainteresowanych wykonawców na kwotę 68 000 zł netto /83 640 brutto za 2 aparaty RTG. Nie powodowało to niemożności konkurencyjnego udziału innych podmiotów, każdy mógł zaoferować integrację z systemem PACS na tożsamy warunkach. Podobna sytuacja istniała w przypadku systemu HIS/RIS, przy czym koszt integracji był - wg oferty firmy Konsultant Komputer- po 19 700 zł netto za 1 aparat czyli 39 400 netto za 2 aparaty.

Podał, że Carestream nie wskazał jako podwykonawców Odwołującego ani Konsultant IT Sp. z o. o., co oznacza że nie zaoferował wymaganej integracji ze wskazanymi przez Zamawiającego systemami lub postąpił niezgodnie z wymaganiami dotyczącymi konieczności określenia zakresu podwykonawstwa i nazwy podwykonawców, jeżeli są znani.

W zakresie zarzutu trzeciego odnoszącego się do niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego podniósł, że poprzez załączenie do oferty zobowiązania podmiotu udostępniającego wykonawcy Carestream zasoby w postaci zdolności zawodowych - Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice - nie doszło do potwierdzenia realnego przekazania przedmiotowych zasobów. W zobowiązaniu wskazano bowiem, że Alteris S.A. będzie czynnie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca dostaw/usług. Jednakże - w zobowiązaniu nie określono, jakie „dostawy” i „usługi” będą przedmiotem podwykonawstwa oraz jak będą realizowane. W rezultacie

należało zdaniem Odwołującego uznać, że w zobowiązaniu nie sprecyzowano co najmniej sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, ani zakresu i formy udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia - § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 poz. 1126).

W konsekwencji - złożone zobowiązanie Alteris S.A. nie potwierdza realnego udostępnienia zasobów w postaci zdolności zawodowych. Zauważył, iż w wyniku wyjaśnień wykonawcy Carestream z dnia 08.03.2018 r. zmieniono pierwotne zobowiązanie Alteris S.A., wprowadzając jako zakres prac zleconych Alteris S.A. roboty budowlane i usługi informatyczne. Tymczasem - Alteris S.A. udostępnił doświadczenie w zakresie niewymagającym robót budowlanych - to jest w zakresie doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej dostawy aparatu rentgenowskiego przyłóżkowego o wartości co najmniej 550 000 zł brutto. Dostawa aparatu rentgenowskiego przyłóżkowego, stanowiąca część zamówienia w ramach Zadania nr 2 - nie wymaga natomiast wykonania żadnych robót budowlanych. Powyższa zmiana powinna powodować wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, czego Zamawiający dotychczas zaniechał.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając iż podniesione zarzuty są niezasadne.

Wskazał, że oświadczenie o podwykonawcach, wymagane na skutek żądania zamawiającego wynikającego z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, mającego odzwierciedlenie w art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli, o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego z zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Podkreślił, że regulacje podwykonawstwa w SIWZ, wzorze formularza oferty, przy uwzględnieniu specyfiki i rozmiaru zamówienia - wskazują jednoznacznie, że podwykonawstwo stanowiło ważną informację dla zamawiającego, której wymóg podania w ofercie wynika z SIWZ, jednak brak jest podstaw do przyznania oświadczeniu, przymiotu treści oferty. Zatem brak podania w formularzu ofertowym żądanych informacji nie powodowało niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu niezgodności tych dokumentów, o jakiej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkującej odrzuceniem oferty.

Podał, że wymóg wskazania podwykonawców w związku z treścią art. 36b ust. 1 Pzp. nie ma charakteru bezwzględny, a zaniechanie podania wyczerpujących informacji w tym

zakresie nie może skutkować wyciąganiem wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Wynika to przede wszystkim z tego, iż przepisy art. 36b, a także 36ba Pzp odnoszą się do etapu realizacji umowy (a nie etapu oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej). Wykonawcy nie muszą znać pełnej listy podwykonawców na etapie składania oferty, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy. Informacje dotyczące podwykonawców nie stanowią zatem treści oferty sensu stricto. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się do zarzutu trzeciego dotyczącego niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Carestream Health Poland Sp. z o.o. ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa, dalej zwany „Przystępującym” w złożonym obszernym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do podniesionych zarzutów w odwołaniu wobec jego oferty podał, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wyłącznie wówczas, gdy treść oferty jest w sposób oczywisty i nie budzący wątpliwości sprzeczna z treścią wymagań określonych przez zamawiającego (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1463/15). Tymczasem, argumentacja Odwołującego nie wskazuje z jakim punktem SIWZ niezgodne jest powierzenie podwykonawcy zakresu „dostaw/usług”. Odwołujący pomija w swojej argumentacji tak newralgiczną okoliczność, jak konieczność kompleksowego czytania treści złożonej oferty. Skoro - jak sam Odwołujący przyznał - Przystępujący wskazał w treści oferty Alteris S.A. jako swojego podwykonawcę, oraz skoro w treści oferty złożonej w terminie na składanie ofert został określony w zobowiązaniu Alteris S.A. zakres tego podwykonawstwa, to Zamawiający nie był uprawniony do pominięcia tej informacji przy badaniu zgodności oferty z treścią SIWZ. Skoro zaś informacja ta była i jest zawarta w treści oferty Przystępującego, to brak jest podstaw zarówno do stawiania zarzutu z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jak i z art. 87 ust. 1 Pzp. Tym samym, nie zachodzi jakakolwiek niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ, ani Zamawiający nie prowadził negocjacje z Przystępującym. Zakres podwykonawstwa został wskazany, a okoliczność, że informacja ta została zawarta w innej części oferty niż w formularzu nie daje Zamawiającemu uprawnienia do negatywnej oceny oferty Przystępującego.

Odnosząc się do kwestii podwykonawstwa podał, że zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp *„Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców”*. Przystępujący uczynił zadość temu żądaniu, gdyż w złożonej w pierwotnym terminie ofercie, została wykazana część zamówienia, która będzie realizowana przez podwykonawcę Alteris

S.A. Okoliczność, iż informacja ta nie znalazła się w formularzu ofertowym, lecz w innym dokumencie składanym przez Przystępującego, nie może być podstawą do odrzucenia oferty, gdyż takie działanie stanowiłoby zbytni formalizm, stojący w sprzeczności z celem ustawy Pzp.

Wskazał także, iż nawet gdyby wykonawca nie zadeklarował czy zamierza zamówienie wykonać siłami własnymi czy też z pomocą podwykonawców, to taka sytuacja nie jest powiązana w ustawie Pzp z jakimikolwiek negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby nieprecyzyjność wypełnienia żądania Zamawiającego dotyczącego wskazania części podwykonawstwa pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych wyrażonych w ustawie. Ustawodawca nie określił konsekwencji jakie grożą Wykonawcy za nieprawidłowe podanie lub też za brak podania wskazania udziału podwykonawców w realizacji zamówienia.

W podobny sposób Przystępujący odniósł się także do rzekomego zarzutu uzupełnienia treści oferty Przystępującego poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp wskazując, iż takie stanowisko w tym przypadku jest niezasadne, gdyż Odwołujący niewłaściwie interpretował zapytania Zamawiającego wystosowywane w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, gdyż w wyniku złożonych wyjaśnień nie powstała żadna nowa treść, która została wpisana do oferty, nie zmieniono również treści już w ofercie widniejącej, ale raczej przypisano ją w sposób prawidłowy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu podał, że Alteris S.A. uznała, że w ramach określenia „dostawy” należy rozumieć dostawę sensu stricto oraz roboty budowlane, polegające na adaptacji pomieszczeń, zaś instalację aparatu rentgenowskiego w szpitalu do istniejącej infrastruktury informatycznej oraz uruchomienie, czyli podłączenie do sieci elektrycznej oraz przeprowadzenie niezbędnych testów należy rozumieć jako „usługi” towarzyszące. Przystępujący uzgodnił z Alteris S.A., iż podwykonawca będzie odpowiedzialny zarówno za wykonanie adaptacji pomieszczeń jak również za integrację aparatu rentgenowskiego do systemu PACS i systemu HIS/RIS oraz uruchomienie sprzętu. Alteris określił w przekazanym wzorze zobowiązania zakres podwykonawstwa jako „uczestniczenie w realizacji dostaw/usług”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie, biorąc pod uwagę treść podniesionych zarzutów okazało się zasadne tylko w zakresie zarzutu nr III.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że Odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp, a Przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie. Oferta Przystępującego została uznana najkorzystniejszą w postępowaniu, a Odwołujący stawiając zarzuty dążył do zmiany tego ustalenia Zamawiającego.

W zarzucie pierwszym Odwołujący kwestionował prawidłowość czynności Zamawiającego poprzez nieodrżucenie oferty Odwołującego z powodu iż nie została wskazana część zamówienia którą Przystępujący powierzy do wykonania podwykonawcy Alteris SA. Ponadto w ocenie Odwołującego również w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust.4 Pzp - wykonawca Carestream nie sprecyzował jednoznacznie i precyzyjnie zakresu podwykonawstwa w złożonej ofercie.

Izba odnosząc się do postawionego zarzutu oraz stanowisk Zamawiającego i Przystępującego uznała niezasadność tego zarzutu.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp *„Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców (ust. 1). W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług (ust. 1a). Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 1a, w przypadku zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (ust. 1b)”.*

Ponadto zgodnie z przepisem art. 36ba ust. 1 ustawy Pzp jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy (ust. 1). Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca zobowiązany

jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (ust. 2).

Za wyrokiem KIO z dnia 13 lutego 2017 roku sygn. KIO 192/17, z którym Izba w tym składzie orzekającym w pełni się zgadza, wskazać należy, że analizując znowelizowane przepisy ustawy Pzp należy wywieść, że realizacja zamówienia przy udziale konkretnych podwykonawców wskazanych w ofercie może ulec zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także na etapie realizacji zamówienia poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku – jak wskazano powyżej – ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy – poprzez zastąpienie go innym podwykonawcą, dopuszczając również sytuację całkowitej rezygnacji z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, pomimo że powyższe wykonawca zadeklarował w ofercie. Zatem nie ulega wątpliwości, że pomimo wskazania podwykonawcy konkretnego z nazwy (zidentyfikowania go) może w różnych przypadkach wskazanych w ustawie dojść do zmiany tego podmiotu. Skoro ustawodawca dopuszcza szereg zmian podmiotu podwykonawcy, dopuszczając również weryfikację podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem należy uznać, że wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie nie stanowi immanentnej części złożonej przez wykonawcę oferty. Podobnie zdaniem Izby należy odnosić sytuację do wskazania w ofercie części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, gdyż zakres robót możliwy do wykonania przez podwykonawcę jest zależy od posiadanych przez niego możliwości i uprawnień, a jak wskazano konkretny podwykonawca który będzie realizował część zamówienia może zostać określony nawet dopiero na etapie realizacji zamówienia. Tym samym często wręcz niemożliwym będzie precyzyjne, a tylko ogólne wskazanie zakresu robót które zostaną powierzone podwykonawcy

Wskazać należy, że zobowiązany do realizacji zamówienia w myśl umowy jest zawsze wykonawca, a nie podwykonawca. Kwestia, czy wykonawca wykona zamówienie swoimi siłami, czy też przy pomocy podwykonawców nie jest istotą umowy o realizację zamówienia z zastrzeżeniem odmienności sytuacji, kiedy Zamawiający ustali kluczową dla niego część zamówienia, którą winien wykonać samodzielnie wykonawca. Kwestia wykonywania zamówienia przy pomocy podwykonawców jest uprawnieniem wykonawcy i stosowanie restrykcyjnych wymagań w tym zakresie jest nieuzasadnione. Wskazać należy na fakt, iż w szczególności przy postępowaniach gdzie realizacja zamówienia trwa wiele lat, byłoby nierozważnym wymaganiem od wykonawcy, aby podał w sposób wiążący i nieodwołalny nazwy podwykonawców i pełny zakres robót które powierza podwykonawcom.

Przy dynamicznych zmianach rynku wykonawców za rok czy dwa, kiedy dany podwykonawca miałby rozpocząć wykonywanie części zadania, mogą nastąpić zmiany organizacyjne wskazanych podwykonawców skutkujące nie tylko zmianą ich nazwy, ale także zakresem możliwym do wykonania prac, które taki wykonawca po dokonanych przekształceniach będzie mógł wykonać. Tym samym uznanie, iż kwestie dotyczące wskazania nazw podwykonawców oraz dokładnego zakresu robót, które przypadną do wykonania podwykonawcy stanowią treść oferty jest zdaniem Izby niezasadne.

Opierając się na przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazać należy, że ustalono w niej, iż instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także, aby podał nazwy ewentualnych proponowanych podwykonawców. Taka interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp dokonana przez pryzmat przepisów wspólnotowych jest uprawniona, gdyż odnosi się do „podania ewentualnych proponowanych podwykonawców”. „Zamiar” o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do przekazania Zamawiającemu projektu wykazu podwykonawców, a nie definitywnego zobowiązania się w tym zakresie wykonawcy. Tym samym zdaniem Izby taki wykaz należy traktować jako dokument oferty nie stanowiący jej treści w sensie merytorycznym. Dokument taki stanowi dookreślenie sposobu wykonania zamówienia, a nie jego zakresu, a więc nie determinuje treści oferty (przedmiotu zamówienia) w sensie materialnym, ale dookreśla proponowany przez wykonawcę sposób jego wykonania.

Tym samym brak podania nazwy podwykonawcy oraz szczegółowego zakresu powierzonych podwykonawcy prac przy wykonywaniu zamówienia nie powinna skutkować odrzuceniem oferty. Uznanie za zasadne takiego stanowiska, zdaniem Izby, byłoby akceptowaniem możliwości odrzucenia oferty z przyczyn formalnych, a nie merytorycznych. Niezasadnym byłoby „krępowanie” wykonawcy pewnymi ustaleniami uniemożliwiających Mu na etapie realizacji zamówienia podejmowania działań utrudniających z jednej strony, jak najlepsze wykonanie zamówienia, a z drugiej osiągnięcie planowanego zysku.

Ponadto, zdaniem Izby nieakceptowalną byłaby sytuacja, że wykonawca który nie wskaże podwykonawcy z nazwy byłby w lepszej sytuacji, gdyż w odpowiednim czasie mógłby doprecyzować informacje dla Zamawiającego w tym zakresie, od wykonawcy który takiego podwykonawcę wskaże już na etapie składania ofert. Izba wskazuje, że zaprezentowane powyżej stanowisko w tej kwestii jest zgodne z ustaloną linią orzecniczą KIO.

W zakresie tego zarzutu odwołujący podniósł kwestię, że w wyniku wezwania Przystępującego do wyjaśnień nastąpiło uzupełnienie treści oferty. W tym zakresie Izba uznała za zasadne stanowisko Przystępującego i Zamawiającego, iż w sytuacji, kiedy nie podanie informacji dotyczącej nazwy i zakresu podwykonawstwa nie stanowi treści oferty i nie może być podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2, to tym bardziej nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty udzielenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp, jak to miało miejsce w tym postępowaniu. Izba uznała, że informacja o podwykonawstwie była zawarta w treści oferty Przystępującego, a zakres podwykonawstwa został wskazany w innej części oferty a nie w formularzu. Niewątpliwym jest, że Przystępujący w swojej ofercie wskazał podwykonawcę oraz określił orientacyjnie zakres robót w stosunku do ceny oferty, który zamierza zlecić podwykonawcy.

W zarzucie drugim Odwołujący podnosił, iż Przystępujący nie wskazał podwykonawcy do wykonania integracji oferowanych urządzeń i systemu z systemem HIS/RIS oraz z systemem PACS. Oceniając stan faktyczny sprawy w tym zakresie oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Wskazać należy, iż Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców z 29 grudnia 2017 roku w zakresie integracji podał czynności jakie mają być wykonane w ramach integracji, a także podał, iż „*Zamawiający przypomina o obowiązku przedstawienia przez producenta systemu PACS rzetelnych ofert integracji nowych aparatów diagnostycznych wszystkim podmiotom, które się o to zwróca*”. Wskazać należy, że w wykonaniu takiego ustalenia Zamawiającego producent systemu PACS przygotował oferty dla wykonawców i podał cenę za integrację za oba urządzenia RTG na kwotę 68 tys. zł netto. Podobna sytuacja miała miejsce także w przypadku systemu HIS/RIS, gdzie firma Konsultant Komputer złożyła ofertę na wykonanie integracji z tym systemem na kwotę 39 400,00 zł netto. Wskazać należy, iż Zamawiający nie postawił wymagania w SIWZ, aby dla wykonania integracji został wskazany w ofercie podwykonawca. Wykonanie integracji w powyższym stanie faktycznym trudno jednoznacznie uznać za podwykonawstwo w realizacji zamówienia, gdyż każdy wykonawca mógł nabyć usługę integracji, tylko od z góry wskazanych podmiotów i za z góry ustaloną cenę, a więc integracja wiązała się z nabyciem tej usługi od określonego podmiotu.

Potrzeba wskazania podwykonawcy wiąże się nie tylko z możliwością wykonania zamówienia na etapie jego realizacji, ale także z wykazaniem Zamawiającemu na etapie oceny ofert, że wykonawca będzie w stanie wykonać dane zamówienie. W tym stanie faktycznym niewątpliwym dla Zamawiającego jak i każdego wykonawcy wiadomym było, jaka firma i za jaką kwotę wykona powyższą integrację.

W powyższym stanie faktycznym adekwatnym będzie stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017r sygn. akt XIII Ga 1535/16, iż wykonawca ma obowiązek zapewnić wszystkie wymagane licencje serwerowe i dostępowe

dopiero w ramach realizacji umowy. A zatem dopiero po wybraniu oferty danego wykonawcy i zawarciu umowy, wykonawca będzie zobligowany do zakupu nabywania licencji wraz z usługą wykonania integracji. Zauważyć należy, że Odwołujący nie podnosił zarzutu, iż koszt integracji nie został ujęty w cenie ofertowej, a tylko, że nie wskazano danych wykonawcy, który dokona integracji, co w ww. stanie faktycznym było znane zarówno Zamawiającemu jak i każdemu z wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe przedmiotowy zarzut Izba uznała za niezasadny.

W zarzucie trzecim Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieodrzućenie oferty Przystępującego z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niewątpliwym jest, że Przystępujący nie spełniał warunku udziału w zakresie dostawy aparatu RTG. Ponadto nie posiadał uprawnień do wykonania szeregu robót w tym usług informatycznych oraz nie posiadał zdolności technicznych do wykonania robót budowlanych związanych z adaptacją pomieszczeń w których ma być zamontowany stacjonarny aparat RTG. Dlatego też Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego ALTERIS S.A. z dnia 29 stycznia 2018 roku do udostępnienia Przystępującemu zasobów w tym zakresie dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W zobowiązaniu wskazano, że Alteris S.A. będzie czynnie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca dostaw/usług. Jednakże - w zobowiązaniu nie określono, jakie „dostawy” i „usługi” będą przedmiotem podwykonawstwa. Zamawiający pismem z dnia 07.03.2018 r. w trybie art. 26 ust.4 Pzp (tryb wyjaśniania spełniania warunków udziału) wystąpił do Przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego przez ALTERIS S.A. udostępnienia zasobów. Przystępujący pismem z dnia 08.03.2018 poinformował Zamawiającego, że ALTERIS S.A. jest podmiotem na którego Przystępujący powołuje się przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz, że zamierza powierzyć Mu wykonanie zamówienia w zakresie robót budowlanych i usług informatycznych.

Oceniając powyższe Izba uznała, że przy takiej treści zobowiązania podmiotu trzeciego brak jest możliwości uznania, że Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut ten Izba uznała za zasadny, kwestią która zdaniem Izby znalazła potwierdzenie w podniesionym zarzucie jest brak wskazania sposobu i zakresu uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. Nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego, iż udostępnienie zasobów nastąpiło poprzez wskazanie tylko w pkt 1 Zobowiązania. Otóż w pkt 1 wskazano, iż nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia w zakresie dostawy aparatu rentgenowskiego. W tym punkcie nie wskazano sposobu przekazania tej wiedzy i doświadczenia. W związku z tym zobowiązanie to uzupełnia pkt 2, gdzie podano, iż ALTERIS S.A. będzie uczestniczył jako podwykonawca dostaw/ usług nie doprecyzowując w żaden sposób na czym to udostępnienie zasobów będzie polegać. W

treści SIWZ Zamawiający postawił wymaganie, że *Wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca w takiej sytuacji musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów (w formie oryginału) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.*

Stwierdzić należy, że w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego kwestię formy i zakresu udostępnienia zasobów wyjaśniał nie podmiot udostępniający zasób ale sam wykonawca. Takie postępowanie jest niedopuszczalne, gdyż to podmiot trzeci udostępnia zasoby i tylko on może doprecyzować zakres i formę tego udostępnienia. W tym zakresie wskazać należy na ugruntowaną linię orzeczniczą KIO z której wynika iż: aby Zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należytą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać. Ponadto, aby udowodnić rzeczywiste i realne udostępnienie zasobów to zakres i forma tego udostępnienia winna wprost wynikać z treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Izba wskazuje, że nie jest dopuszczalne zastąpienie elementu zobowiązania, określającego wskazanie charakteru udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia, wyjaśnieniem własnym wykonawcy. Element ten powinien bowiem wynikać wprost z treści samego zobowiązania (bądź innego dokumentu) i nie może być zastąpiony czynnością czy wyjaśnieniem wykonawcy, który z tego zobowiązania korzysta. Takie zobowiązanie może złożyć tylko podmiot udostępniający zasoby, gdyż to jego zobowiązanie wykonawca przedstawia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i to zobowiązanie ocenia zamawiający” por. wyrok z dnia 07 września 2016 r sygn. akt: KIO 1538/16; KIO 1528/16, wyrok KIO z 08 lutego 2012 roku sygn. KIO 160/12 oraz 11 sierpnia 2014 sygn. KIO 1557/14.

Tym samym dla prawidłowego i rzeczywistego wykazania realności udostępnionych zasobów Przystępujący po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego winien był wystąpić do podwykonawcy ALTERIS S.A. o doprecyzowanie formy i zakresu udostępnianego zasobu i pismo to winno być załączone do wyjaśnień wykonawcy kierowanych do Zamawiającego. Inne podejście do tej kwestii byłoby polem do naruszeń w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż przykładowo podmiot trzeci, który zobowiązał się do wykonania usługi np. szkolenia personelu, zostaje wykazany w wyjaśnieniach wykonawcy jako podmiot deklarujący wykonanie usług w szerszym rozmiarze. Tym samym zarzut ten został przez Izbę uwzględniony.

Natomiast w zakresie kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku,

z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Pzp. Przekładając brzmienie powyższego przepisu na grunt niniejszej sprawy wskazać należało, że odwołanie zostało oddalone w (2/3) części i jednocześnie w (1/3) części zostało uwzględnione, a tym samym Zamawiający winien zwrócić Odwołującemu 1/3 poniesionych kosztów przy uwzględnieniu, że każda ze stron poniosła już koszty wynagrodzenia pełnomocnika po 3 600 złotych. Łączne koszty postępowania tj. kwota wpisu plus koszty wynagrodzenia obu pełnomocników wyniosły 22 200,00 złotych. Podobnie wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 gdzie Sąd stwierdził, że w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący