

WYROK
z dnia 10 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2019 r. przez wykonawcę **Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49; 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowickie Centrum Onkologii, ul. Raciborska 26; 40-074 Katowice**, przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9; 02-583 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Althea Polska Sp. z o.o. oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Althea Polska Sp. z o.o.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Althea Polska Sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.** na rzecz wykonawcy **Althea Polska Sp. z o.o.**, 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowickie Centrum Onkologii, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Serwis pogwarancyjny rezonansu magnetycznego GE SIGNA HDx 1,5T*”.

Dnia 20 maja 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawcę Althea Polska Sp. z o.o. o odrzuceniu jego oferty z postępowania.

Dnia 27 maja 2019 roku wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że kwestia (nie)wykazania możliwości zapewnienia aktualizacji systemu rezonansu magnetycznego GE Signa HDx 1,5T, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień może stanowić o (nie)zgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z. obowiązującą, w postępowaniu, podczas gdy treść oferty odwołującego w tym zakresie od początku nie budzi wątpliwości, bowiem odwołujący kilkakrotnie w toku postępowania oświadczał jednoznacznie, że jest w pełni zdolny wykonać zamówienie w tym zakresie, co oznacza, że wezwanie do wyjaśnień nie miało na celu usunięcia wątpliwości zaistniałych w treści oferty odwołującego co do zakresu jego zobowiązania, a zmierzało wyłącznie do weryfikacji (niemającej podstaw w s.i.w.z.) uprawnień odwołującego do realizacji zamówienia,
2. art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §2 ust, 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez nieuzasadnione żądanie wyłącznie od odwołującego przedłożenia w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień dowodów potwierdzających uprawnienia do zapewnienia aktualizacji systemu rezonansu magnetycznego GE Signa HDx 1,5T, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przyjęcia, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z. obowiązującej w postępowaniu, podczas gdy zamawiający nie był uprawniony do żądania wskazanych dokumentów w świetle rozporządzenia o dokumentach, bowiem obowiązek ich posiadania nie wynika z odrębnych przepisów, a ponadto żądanie ich przedłożenia dopiero na etapie wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty, a nie w treści s.i.w.z. (gdzie zamawiający nie sformułował żadnego warunku udziału w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej), stanowi nieuprawnioną zmianę s.i.w.z. dokonaną po upływie terminu składania ofert,

3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie potwierdzają, że jest on uprawniony zapewnić aktualizację systemu rezonansu magnetycznego GE Signa HDx 1,5T, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przyjęcia, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z. obowiązującej w postępowaniu, podczas gdy wyjaśnienia odwołującego złożone już w ofercie jednoznacznie potwierdzają, że jest on w stanie zapewnić aktualizację systemu rezonansu magnetycznego GE Signa HDx 1,5T, zaś przyjęcie odmiennego wniosku wiąże się ze stwierdzeniem, że zamawiający wymagał prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej przez odwołującego oferty.

W związku z powyższym odwołujący wniosł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 20 maja 2019 roku,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przyjął tezę o rzekomej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z. wbrew (i) postanowieniom s.i.w.z. (w brzmieniu ustalonym w wyniku odpowiedzi na pytanie), (ii) deklaracjom złożonym w ofercie odwołującego oraz (iii) wyjaśnieniom udzielonym przez odwołującego (zarówno złożonym w toku badania rażąco niskiej ceny, jak i w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Skoro zaś odwołujący w toku postępowania wielokrotnie deklarował wprost swoją zdolność w zakresie dokonania aktualizacji systemu rezonansu, to logicznym jest, że treść jego oferty nie mogła budzić wątpliwości w tym zakresie.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w istocie nie miał zresztą wątpliwości dotyczących treści złożonej przez odwołującego oferty, a jedynie chciał dowiedzieć się czy odwołujący posiada uprawnienia niezbędne do wykonania zamówienia w zakresie dokonywania aktualizacji systemu rezonansu. Innymi słowy, zamawiający nie powziął wątpliwości jak interpretować składane przez odwołującego w toku postępowania deklaracje (co uzasadniałoby zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), a jedynie nie był pewny czy odwołujący jest w stanie je spełnić (tj. czy rzeczywiście posiada uprawnienia do realizacji przedmiotu zamówienia).

Powyższe, w ocenie odwołującego, potwierdza poniekąd sama decyzja zamawiającego z 20 maja 2019 r. o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w której zamawiający nie jest nawet w stanie zidentyfikować postanowienia/zapisu oferty odwołującego, który byłby niezgodny z danym, konkretnym wymogiem s.i.w.z. Brak takiego podwójnego skonkretyzowania (tj. wskazania z jednej strony konkretnego punktu z treści oferty odwołującego, a z drugiej - konkretnego postanowienia s.i.w.z.) już na samym wstępie czyni zresztą wątpliwym skorzystanie przez zamawiającego z jednej z najbardziej dotkliwych sankcji dla wykonawcy tj. odrzucenia jego oferty.

Powyższe bowiem (niezależnie od wadliwości merytorycznej podjętej decyzji) potwierdza także wadliwość formalną, ponieważ decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego, praktycznie rzecz biorąc, nie zawiera uzasadnienia (naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Za takie nie może być uznane w szczególności lakoniczne stwierdzenie o tym, że odwołujący nie wykazał możliwości zapewnienia dokonania aktualizacji systemu rezonansu. W tym sensie, nie budzi przecież żadnych wątpliwości, że treść oferty odwołującego pozostaje w pełni zgodna z wszelkimi wymaganiami zamawiającego zawartymi w s.i.w.z., a już na pewno okoliczność przeciwna nie została przez zamawiającego w żadnym stopniu wykazana. Co przy tym symptomatyczne, ani z treści wezwania do wyjaśnień, ani z decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, nie wynika w ogóle jakie uprawnienia w ocenie zamawiającego winien posiadać odwołujący, aby móc dokonywać aktualizacji systemu rezonansu.

W tym kontekście, odwołujący wskazał, że aktualizacje systemu można co do zasady podzielić na dwie grupy: (i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu oraz (ii) aktualizacje służące rozwojowi sprzętu (dodanie nowych funkcji, itp). Zważywszy na odpowiedź zamawiającego, zgodnie z którą konieczne będzie wykonywanie wyłącznie aktualizacji gwarantujących prawidłową pracę rezonansu (a nie jego rozwój), odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, to wytwórca (a nie serwisant) jest obowiązany zapewnić, że autoryzowany przedstawiciel oraz każdy inny podmiot upoważniony przez wytwórcę do działania w jego imieniu w sprawach incydentów medycznych i w sprawach dotyczących bezpieczeństwa wyrobu będą realizowali zewnętrzne działania korygujące dotyczące bezpieczeństwa - Field Safety Corrective Action.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowy rezonans od 2016 roku aż do chwili obecnej jest serwisowany przez GE. Tymczasem, na stronie internetowej Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w dniu 21 czerwca 2018 roku zostało opublikowane „Pilne zawiadomienie dotyczące bezpieczeństwa”, w którym producent sprzętu wskazał, że dokona przeglądu wszystkich systemów, których dotyczy problem z oprogramowaniem i sprawdzi, czy zainstalowana jest jego prawidłowa wersja. Czynności te miały przy tym zostać wykonane bezpłatnie.

Odwołujący wskazał również, iż z decyzji zamawiającego można by bowiem wnioskować (niezależnie od braku zasadności wykazania okoliczności niezbędnych dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), że zamawiający oczekiwał od odwołującego przedłożenia bliżej niesprecyzowanych dokumentów mających potwierdzić uprawnienia do zapewnienia aktualizacji systemu rezonansu. Tymczasem s.i.w.z. nie wymagała, na potwierdzenie powyższego, przedłożenia jakichkolwiek dodatkowych środków dowodowych (dokumentów). Wystarczające w tym zakresie było oświadczenie wykonawców zawarte w treści formularza ofertowego dotyczące uwzględnienia wykonania tego zakresu zamówienia w cenie ofertowej. Zamawiający nie wymagał też wprost w treści wezwania przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów a jedynie wzywał do przedstawienia wyjaśnień w opisanym zakresie. Jeżeli zatem zamawiający stawiał odwołującemu zarzut niewykazania możliwości zapewnienia dokonania aktualizacji, to powyższe oznacza, że oczekiwał on czegoś więcej od odwołującego niż tylko potwierdzenia żądanych okoliczności (co miało miejsce kilkakrotnie w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym). Z uwagi jednak na brak wskazania takiego wymogu zarówno w treści s.i.w.z., jak i w treści późniejszego wezwania, decyzja zamawiającego jest wadliwa.

Odwołujący wskazał, że w istocie zamawiający postawił niejako wobec odwołującego dodatkowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do dokonywania aktualizacji systemu rezonansu, wymagając na potwierdzenie jego spełnienia przedstawienia bliżej nieokreślonych dokumentów. Tymczasem odwołujący nie może ponosić konsekwencji działań zamawiającego, które nie zostały opisane w sposób precyzyjny. Powyższe stanowiłoby (niezależnie od innych przepisów prawa przywołanych w petitum odwołania) wręcz „książkowe” naruszenie zasady przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający zdecydował się na wystosowanie wezwania (sformułowanie dodatkowego warunku udziału) w powyższym zakresie, nie w stosunku do wszystkich wykonawców (tak musiałby uczynić gdyby stosowna podstawa dla powyższego znalazła się w s.i.w.z.), a tylko i wyłącznie do odwołującego. Powyższe w zasadzie jednoznacznie potwierdza wadliwość działania zamawiającego także z perspektywy zasady równego traktowania wykonawców.

Zdaniem odwołującego, nawet przyjmując (z czym odwołujący oczywiście się nie zgadza), że zamawiający wcale nie jest zobowiązany do wykazywania w sposób konkretny postanowienia oferty wykonawcy oraz odpowiadającego mu wymogu s.i.w.z. dla skorzystania z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a brak wyartykułowania obowiązku przedłożenia dodatkowych dokumentów nie stanowi przeszkody dla przyjęcia stanowiska o niezgodności treści oferty z s.i.w.z., to i tak ostatecznie uwzględnienie stanowiska zamawiającego musiałoby się wiązać z zaakceptowaniem kolejnej wady prawnej dokonanej

oceny oferty odwołującego. W takim bowiem przypadku, zamawiający musiałby przyjąć, że oferta odwołującego wskutek udzielonych wyjaśnień dopiero „nabrała” przymiotu niezgodności z wymaganiami s.i.w.z. Skoro zaś pierwotna jej treść nie dawała jeszcze podstawy do przyjęcia tezy o niezgodności jej treści z wymaganiami s.i.w.z. (o czym świadczy brak jej odrzucenia przez zamawiającego niezwłocznie po jej złożeniu), to uzyskanie takiej podstawy dopiero w procesie wyjaśniania treści oferty stanowić musiałoby niedozwolone negocjacje prowadzone pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których wprost zakazuje przecież art 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, nawet w takim przypadku decyzja zamawiającego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp i jako taka powinna zostać unieważniona.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zaskarżone czynności zamawiającego naruszają interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także że odwołujący może ponieść szkodę w wyniku wskazanych naruszeń. Poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, odwołujący niewątpliwie poniesie wymierną szkodą majątkową; ponieważ utracił on na dzień wniesienia odwołania możliwość ubiegania się o zamówienie, dla którego prowadzone jest postępowanie. Bezpośrednim następstwem wskazanych w petitum odwołania przepisów ustawy Pzp, jest szkoda w majątku odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, do którego wykonania odwołujący jest w pełni zdolny i deklaruje taką gotowość. W przypadku uznania przez Izbę zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie (jego oferta zgodnie z przyjętymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą), co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem.

Zamawiający w dniu 7 czerwca 2019 roku, złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., który na posiedzeniu, przed otwarciem rozprawy, złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią s.i.w.z., obowiązującej w postępowaniu serwis pogwarancyjny rezonansu magnetycznego GE SIGNA HDx 1,5T („*rezonans*”) obejmuje między innymi, dokonanie aktualizacji systemu rezonansu, których koszt wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić w ofertach. W świetle odpowiedzi zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści s.i.w.z., przez aktualizację systemu zamawiający rozumie zapewnienie pełnej funkcjonalności systemu gwarantującej prawidłową jego pracę. Aktualizacje systemu będą uzgadniane z zamawiającym.

Przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- oferta odwołującego (cena ofertowa: 442.800,00 PLN brutto),
- oferta GE Medical Systems Polska sp. z o.o. („GE”) (cena ofertowa: 808.858,00 PLN brutto).

W dniu 25 marca 2019 roku, zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia przez niego ceny ofertowej. W dniu 1 kwietnia 2019 roku, odwołujący przedłożył stosowne wyjaśnienia. Następnie w dniu 8 maja 2019 roku, zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie dostępności dla odwołującego specjalistycznego oprogramowania oraz sposobu aktualizacji systemu będącego przedmiotem zamówienia. W szczególności, zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w oparciu o jakie uprawnienia i zasób odwołujący ma prawo do dokonywania aktualizacji systemu rezonansu. W dniu 13 maja 2019 roku, odwołujący potwierdził, że może wykonać aktualizacje systemu rezonansu w oparciu o oprogramowanie zainstalowane na nim oraz wiedzę i doświadczenie jego pracowników. Odwołujący wskazał, że zatrudnieni przez niego inżynierowie serwisu posiadają stosowne certyfikaty uprawniające do świadczenia usług serwisowych, w tym w szczególności do aktualizacji systemu rezonansu.

W dniu 20 maja 2019 roku, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że odwołujący nie wykazał możliwości zapewnienia dokonania aktualizacji systemu rezonansu, tym samym oferta odwołującego nie spełniła wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Rozstrzygając przedmiotowe odwołanie, Izba z urzędu wzięła pod uwagę treść obowiązujących w tym postępowaniu, dokumentów opracowanych przez zamawiającego, tj. treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami do niej, w szczególności załączniki nr 2 i 5 oraz treść wyjaśnień, jakich udzielił zamawiający wykonawcom w ramach pytań do s.i.w.z.

W ocenie Izby trzeba jednoznacznie wskazać, że treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu musi w sposób bezwzględny odpowiadać treści powyższych dokumentów, a zdaniem Izby treść oferty odwołującego zgodna jest z treścią s.i.w.z.

Podnieść bowiem należy, iż zamawiający w s.i.w.z. podał, co następuje:

- *Serwis pogwarancyjny obejmuje (s.i.w.z. str. 2 - lit. f) - aktualizacje systemu,*
- *zał. nr 2 Oferta Cenowa – koszty wszystkich napraw, przeglądów i konserwacji, wraz z częściami zamiennymi, uzupełnianie, wymiana materiałów zużywalnych /w tym helu/ w zakresie niezbędnym do prawidłowej eksploatacji urządzenia, opieka aplikacyjna, aktualizacje systemu zawarte są w cenie,*
- *zał. nr 5 Istotne Postanowienia Umowy (§2 ust. 1 lit. f) - Cena brutto za 36 miesięcy pełnego serwisu obejmującego aktualizacje systemu.*

Odwołujący – potwierdzając powyższe okoliczności w treści złożonej przez siebie oferty oraz w odpowiedziach z dnia 1 kwietnia i 13 maja 2019 roku, złożonych na wezwanie zamawiającego, bezsprzecznie wykazał, iż jego oferta zgodna jest z treścią s.i.w.z.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała za niedopuszczalne działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy z przyczyn i podstaw niewynikających bezpośrednio z wymagań opisanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednolite w tym względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych jasno wskazuje, iż wszelkiego rodzaju nieścisłości, niedoskonałości, czy też wewnętrznie sprzeczne postanowienia dokumentacji przetargowej, nie mogą następczo negatywnie wpływać na ocenę oferty wykonawcy, a ocena zarówno ta podmiotowa, jak i przedmiotowa może odbywać się tylko i wyłącznie na podstawie obowiązującej w postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dla przykładu warto w tym miejscu powołać wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy z dnia 12 listopada 2014 roku, sygn. akt VIII Ga 327/14, w którym Sąd stwierdził - „Podkreślić należy, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu

w postępowaniu o zamówienie publiczne - z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, w szczególności opisuje przedmiot zamówienia oraz sposób dokonania oceny spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert według precyzyjnie określonych kryteriów oraz weryfikując, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych opisanych przez zamawiającego. Zatem dokument ten powinien być przygotowany przez zamawiającego z najwyższą starannością, bowiem w fazie oceny ofert - analizy spełniania warunków udziału w postępowaniu to ten dokument (i spójne z nią ogłoszenie) jest głównym punktem odniesienia dokonania oceny ofert i ich zgodności z wymogami Zamawiającego. Zgodzić się należy w pełni ze stanowiskiem KIO, iż tak ukształtowanymi postanowieniami SIWZ są związani wykonawcy, którzy uczestniczyli w postępowaniu, jak i Zamawiający, który dokonał oceny ofert. Treść tych postanowień SIWZ stanowi także - jak wskazano - podstawę do oceny czynności Zamawiającego w ramach wnoszonych środków ochrony prawnej. Przyjęcie stanowiska skarżącego prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W oparciu o wskazane w treści SIWZ m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz zawarty w nich opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków - wykonawcy podejmują bowiem decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu. Dlatego za niedopuszczalne uznać należy po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert, przeprowadzonej w oparciu o podane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki i opis sposobu dokonywania oceny - dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o inne kryteria.”.

Zdaniem Izby okoliczności, które w swojej argumentacji próbuje podnosić przystępujący *de facto* odnoszą się do treści s.i.w.z., która w swoim brzmieniu jest jednolita i oczywista. Przypisywanie na tym etapie postępowania ewentualnych błędów w jej opracowaniu, nie może obecnie deprecjonować prawdziwości oświadczeń składanych przez odwołującego, który działając przecież w dobrej wierze i w zgodzie z wymaganiami zamawiającego złożył oświadczenia zgodne ze stanem prawnym i faktycznym obowiązującym w tym postępowaniu. Skoro bowiem w postępowaniu, zamawiający wymagał jedynie złożenia oświadczenia o możliwości aktualizacji systemu – to oświadczenie w tym względzie złożone przez odwołującego o przyjęciu tego rodzaju czynności do wykonania w ramach realizowanej umowy jest prawdziwe.

Izba za niedopuszczalne uznała rozszerzanie argumentacji przez przystępującego dotyczących podstaw odrzucenia oferty odwołującego o rzekome składanie nieprawdziwych informacji, czy też podawanie różnych poziomów i możliwości aktualizacji systemu. Zdaniem Izby, jak to już zostało wcześniej wywiedzione, treść s.i.w.z. nie przewidywała obowiązku

doprecyzowywania rodzaju aktualizacji systemu, wobec czego odwołujący mógł przyjąć wygodny dla siebie poziom, bez uszczerbku dla zgodności treści oferty z s.i.w.z. Nadto, co zresztą potwierdził przystępujący na rozprawie aktualizacje pilne – dotyczące bezpieczeństwa, wykonywane są bezpośrednio przez producenta sprzętu, dlatego też odwołujący miał prawo do nie uwzględnienia tego rodzaju czynności w swojej ofercie, skoro z mocy prawa te czynności spoczywają na producencie sprzętu.

Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych przez przystępującego na rozprawie z uwagi na okoliczność, iż złożone zostały one w kopii (przystępujący oświadczył, że są to wydruki ze strony internetowej) niepotwierdzonej „za zgodność z oryginałem”. Ponadto „Pilne zawiadomienie dotyczące bezpieczeństwa” z dnia 11 stycznia 2019 roku, dotyczy innego urządzenia, a nie rezonansu magnetycznego.

Ponadto, w ocenie Izby, z dowodu przedłożonego przez odwołującego, tj. „Pilne zawiadomienie dotyczące bezpieczeństwa” z dnia 21 czerwca 2018 roku (zał. do odwołania), wynika, że w przypadkach tego rodzaju zawiadomień, producent informuje użytkowników (również przez stronę internetową Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych) o mogących występować błędach w aplikacji systemu oraz podaje procedurę wykonywania poszczególnych czynności w celu sprawdzenia wersji oprogramowania, a w przypadku stwierdzenia błędu/błędów o konieczności skontaktowania się z producentem (przedstawicielem serwisu firmy GE). Tym samym to producent odpowiada za błędy systemu i to na nim spoczywa obowiązek doprowadzenia wersji systemu do prawidłowej, co z kolei oznacza, że odwołujący z takich obowiązków jest zwolniony.

W ocenie Izby, za zasadny uznać należało również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (pkt 3.6 odwołania). Jak słusznie bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy, w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 2248/11 - „Istota rozstrzygnięcia skargi sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia oferty (...) S.A. i odrzucenia oferty (...) S.A. spełniało wymogi określone w art. 92 ust. 1 ustawy. Tak w wypadku odrzucenia oferty, jak i w wypadku wykluczenia wykonawcy, zamawiający obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne swej decyzji. Jeśli odrzucenie oferty wynika z niezgodności oferty z treścią SIWZ, może dojść do konfliktu pomiędzy obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, a zachowaniem tajemnicy przedsiębiorstwa, do której zamawiający jest zobowiązany. Niemniej jednak zakres uzasadnienia faktycznego musi być wskazany na tyle zrozumiale, aby wykonawca mógł przedstawić kontrargumenty w stosunku do decyzji zamawiającego i skorzystać z środków ochrony prawnej. Sposób rozwiązania powyższego konfliktu leży zatem w zręcznym sformułowaniu uzasadnienia faktycznego decyzji, a nie w pobieżnym jego podaniu. Akceptacja uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego, które jest na tyle pobieżne, że z jego lektury nie można wywnioskować, w czym zamawiający

upatruje niezgodności oferty z treścią SIWZ, prowadziłyby do uznania dyskrecjonalnych kompetencji zamawiającego przy wyborze oferty, czemu wszakże ustawodawca chciał się przeciwstawić, wprowadzając regulacje ustawową zamówień publicznych. Trafnie Krajowa Izba Odwoławcza oceniła uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania (...) S.A. i odrzuceniu oferty (...) S.A. Uzasadnienie to jest na tyle nieprecyzyjne, że nie sposób z jego treści wywnioskować, z którymi konkretnie wymogami stawianymi w SIWZ oferowane przez te spółki produkty są niezgodne.”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz zgodnie z §5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: