

Sygn. akt: KIO 918/15

WYROK
z dnia 15 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2015r. przez wykonawcę **AtendeMedica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiatowe Centrum Medyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Braniewie,**

przy udziale wykonawcy **EuroSoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania i oceny ofert z zastosowaniem wobec dokumentu załączonego na stronie 72 oferty Przystępującego trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (wezwanie do uzupełnienia dokumentu) lub w art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (do wyjaśnień - w celu ustalenia, że dokument zamieszczony na stronie 72 oferty Przystępującego jest faktycznie wydrukiem ze strony internetowej http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php z dnia 19 lutego 2015 r.), dla potwierdzenia, że w wymaganej przez zamawiającego dacie oferowana przez Przystępującego karta graficzna posiadała co najmniej 565 punktów w teście PassMark Performance Test.

2. Kosztami postępowania obciąża **Powiatowe Centrum Medyczne sp. z o.o. w Braniewie**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AtendeMedica sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Powiatowego Centrum Medycznego Sp. z o.o. w Braniewie** na rzecz wykonawcy **AtendeMedica Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie 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 Elblągu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Powiatowe Centrum Medyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Braniewie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rozwój infrastruktury informatycznej Powiatowego Centrum Medycznego Spółka z o.o. w Braniewie połączony z wdrożeniem usług społeczeństwa informacyjnego” (znak sprawy: PCM/ZP/02/15).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 17 lutego 2015 r., poz. 2015/S 044-075920. 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 (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 4 maja 2015 r. Atende Medica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 27 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez niezasadne uznanie, że w świetle obowiązujących przepisów prawa oraz postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ niedopuszczalne jest przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji drogą elektroniczną, ograniczając konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego, skutecznie uzupełnił dokumenty na żądanie Zamawiającego, przesyłając je pocztą elektroniczną;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy - poprzez bezpodstawne ustalenie, że dokonane przez Odwołującego w dniu 20.04.2015 r. drogą elektroniczną uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, było nieskuteczne;
- 3) art. 17 ust. 1 pkt 1 i 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez dopuszczenie przedstawiciela innego wykonawcy, który złożył ofertę (Eurosoft), do czynnego udziału po stronie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, naruszając obligatoryjną zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy - poprzez bezpodstawne ustalenie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w tym także, iż nie dołączono do niej dokumentów

potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, pomimo że:

- a) treść oferty Odwołującego jest zgodna z postanowieniami SIWZ, w tym do oferty dołączono komplet dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego,
 - b) czynności Zamawiającego w zakresie oceny wymienionych w pkt 1.2.5 załącznika nr 5 do SIWZ (str. 7-14) funkcjonalności systemu informatycznego oferowanego przez Odwołującego nie pozwalają na ustalenie, że system ten nie posiada funkcjonalności wskazanych w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania dokonanego w dniu 24.04.2015 r.,
 - c) Zamawiający przed przystąpieniem do oceny funkcjonalności systemu informatycznego oferowanego przez Odwołującego bezzasadnie zaniechał przekazania Odwołującemu wraz z zaproszeniem do zaprezentowania próbki oferowanego systemu informatycznego „szczegółowego scenariusza prezentacji”, o którym mowa w pkt 1.2.1 załącznika nr 5 do SIWZ (str.7), ograniczając uczciwą konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EuroSoft, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z powodu zaoferowania karty graficznej Intel HD 5500, która w okresie od dnia 19.02.2015 r., nie osiąga w testach Benchmark wyniku 565 pkt, czego Zamawiający wymagał na podstawie pkt 3.11.180 załącznika nr 9 do SIWZ (str. 48);
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez bezpodstawne uznanie oferty EuroSoft, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) odnośnie zarzutów zawartych w pkt 1 i 2:
 - a) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
 - b) powtórzył czynności oceny treści tej oferty, obejmujące ustalenie, czy Odwołujący w dniu 15.04.2015 r. skutecznie uzupełnił dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego;
- 2) odnośnie zarzutów zawartych w pkt 3 i 4:
 - a) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
 - b) powtórzył czynności oceny treści tej oferty w zakresie zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i postanowieniami SIWZ;

c) odnośnie zarzutów zawartych w pkt 5 i 6:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty EuroSoft,
- b) powtórzył czynności oceny treści tej oferty w zakresie zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i postanowieniami SIWZ
- c) odrzucił ofertę EuroSoft,
- d) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca EuroSoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

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

Izba uznała, że 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, i oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona, z kolei oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta Odwołującego, jako odrzucona, nie była oceniana przez Zamawiającego (cena nie była jedynym kryterium oceny ofert), Izba zaakceptowała wynik symulacji przedstawiony przez Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący przy ocenie ofert uzyskałby 91 pkt, a Przystępujący 95,52 pkt. Odwołujący nie przedstawił własnej symulacji, z której wynikałaby inna ocena ofert, jedynie oświadczył, że gdyby jego oferta była oceniona, powinna zająć pierwsze miejsce w rankingu ofert, jednak takiej subiektywnej oceny nie poparł jakąkolwiek inicjatywą dowodową.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie jest zasadne, chociaż nie wszystkie zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutów dotyczących niezasadnego w ocenie Odwołującego odrzucenia jego oferty, Izba ustaliła, co następuje:

Nie było sporne, że Odwołujący nie załączył do oferty wszystkich wymaganych w SIWZ dokumentów, i został wezwany do ich uzupełnienia. Zamawiający w wezwaniu wymienił oczekiwane dokumenty (na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, tj. dokumenty z art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), wskazał termin do ich uzupełnienia oraz formę dokumentów – pisemną. Analogiczne wezwanie otrzymał Przystępujący. Odwołujący przed upływem wyznaczonego terminu usiłował bezskutecznie nadać 131 stron faksem, następnie wysłał je mailem. Przystępujący uzupełnił dokumenty w wymaganym terminie i w wymaganej formie.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, a więc m.in. dokumenty z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych „są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.”. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego powinien złożyć dokumenty w takiej właśnie formie, zgodnej z rozporządzeniem.

Skoro Odwołujący w terminie nie złożył dokumentów w formie przewidzianej rozporządzeniem (przed upływem terminu wysłał dokumenty „zwykłą” pocztą elektroniczną – bez opatrzenia ich bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu), Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego, a zatem nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Nie doszło również do naruszenia art. 27 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – poprzez, jak Odwołujący twierdził, niezasadne uznanie, że w świetle obowiązujących przepisów prawa niedopuszczalne jest przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji drogą elektroniczną. Dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowią osobną kategorię dokumentów, pod względem wymaganej formy różną od dokumentów, o których mowa w art. 27 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i obowiązują względem nich przepisy § 7 przywołanego rozporządzenia (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu wyrokiem z dnia 26 marca 2015 r., sygn. akt: II Ca 675/14).

W świetle powyższego, jeżeli oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona, ewentualne inne naruszenia Zamawiającego w toku jej badania i oceny nie będą miały wpływu na wynik postępowania. I tak, nawet gdyby doszło do naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 i 4 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, czego Odwołujący dopatrywał się w dopuszczeniu przedstawiciela innego wykonawcy, który złożył ofertę (Eurosoft), do

czynnego udziału po stronie Zamawiającego w prezentacji oferowanego systemu, nie można byłoby uwzględnić tego zarzutu (jego uwzględnienie bowiem pozostanie bez wpływu na sytuację Odwołującego w postępowaniu). Należy jednak zauważyć, że Odwołujący w tym zakresie nie udowodnił swoich racji, i nie zgłaszał w odniesieniu do tak sformułowanego zarzutu żadnego żądania. Zaniechał również dowodzenia, że jego system powinien zostać inaczej oceniony. W konsekwencji Izba nie mogła uwzględnić przedmiotowego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, na wstępie trzeba zaznaczyć, że Izba jest związana zarzutami odwołania (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), ale nie żądaniaми. Odrzucenie oferty nie może nastąpić bez zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych. Zatem w razie potwierdzenia się zarzutu, że oferta Przystępującego nie zawierała dokumentu zgodnego z wymaganiami SIWZ, wykonawca powinien zostać wezwany do jego uzupełnienia lub do złożenia wyjaśnień. Odwołujący ponosił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EuroSoft, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z powodu zaoferowania karty graficznej Intel HD 5500, która nie osiąga w testach Benchmark wyniku 565 pkt, czego Zamawiający wymagał na podstawie pkt 3.11.180 załącznika nr 9 do SIWZ (str. 48). W tym zakresie Przystępujący nie był wzywany w trybie art. 26 ust. 3-4 Prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje: Zamawiający wymagał na podstawie pkt 3.11.180 załącznika nr 9 do SIWZ (str. 48) aby oferowana karta graficzna osiągała w teście PassMark Performance Test co najmniej wynik 565 pkt, aby wynik był dostępny na stronie http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php, co należało potwierdzić, załączając do oferty wydruk ze strony nie starszy niż 19 lutego 2015 r. Wymóg ten nie był kwestionowany za pomocą środków ochrony prawnej.

Przystępujący do oferty, na stronie 72 załączył fragment zrzutu ekranu (tzw. print screen), na którym w dolnym prawym rogu widać datę i godzinę. Widoczne są również żądane informacje odnośnie punktacji karty Intel HD 5500, tj. 570 pkt, ale brak jakkolwiek oznaczeń, wskazujących na to, że jest to informacja z podanej przez Zamawiającego jako referencyjna strony internetowej. Nie ma przy tym znaczenia, że taki „wydruk” Przystępujący otrzymał od producenta komputera (Dell). Dlatego zasadne są zastrzeżenia Odwołującego odnośnie tego dokumentu – na podstawie danych w nim zawartych nie można ustalić, że jest on wydrukiem z wskazanej strony internetowej (brak w ogóle informacji mogących wskazywać na to, że jest to wydruk z jakiegokolwiek strony internetowej). Gdyby to był zrzut ekranu w całości, tzn. pokazujący kompletny obraz tego, co w danej chwili się znajdowało na ekranie komputera, to widoczny byłby adres strony internetowej (o ile widok strony nie został wyświetlony w trybie

pełnoekranowym, czego Przystępujący nie podnosił). Wykonawca składając ofertę, powinien zadbać o to, aby załączone do niej dokumenty posiadały požądane przez Zamawiającego cechy, a Zamawiający na etapie oceny ofert nie może odstępować od swoich oczekiwań wyrażonych w SIWZ. Skoro Zamawiający wymagał wydruku z określonej strony internetowej na potwierdzenie posiadania przez oferowany sprzęt określonych parametrów, to Przystępujący powinien potwierdzić to dokumentem, który jest takim wydrukiem. Wydruk ze strony internetowej zwykle posiada cechy, które pozwalają na ustalenie, z jakiej strony pochodzi i w jakim dniu nastąpiło drukowanie. Uzyskanie takiego wydruku nie jest dla wykonawcy oferującego rozbudowę infrastruktury technicznej niemożliwe do osiągnięcia. Wydruk ze strony internetowej może mieć również formę zrzutu ekranu, ale w takiej sytuacji powinno z niego wynikać, jaką stroną internetową przedstawia. Rację ma Odwołujący, że na podstawie fragmentu zrzutu ekranu ze strony 72 oferty Przystępującego nie można ustalić, iż pochodzi ze strony http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php: brak oznaczeń wskazujących na pochodzenie i podobieństwa do wizualnego sposobu prezentacji informacji na tejże stronie. Reasumując, zarzut odnośnie oferty Przystępującego jest uzasadniony. W konsekwencji należy Przystępującego wezwać w trybie art. 26 ust. 3 (do uzupełnienia dokumentu) lub w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (do wyjaśnień - w celu ustalenia, że dokument zamieszczony na stronie 72 oferty Przystępującego jest faktycznie wydrukiem ze strony internetowej http://www.videocardbenchmark.net/gpu_list.php z dnia 19 lutego 2015 r.), i w wymaganej przez Zamawiającego dacie oferowana przez Przystępującego karta graficzna posiadała odpowiednią ilość punktów w teście PassMark Performance Test.

Wobec powyższych okoliczności, ponieważ uwzględnienie zarzutu co do oferty Przystępującego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 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 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....