

Sygn. akt: KIO 751/16

WYROK
z dnia 20 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2016r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 i Instytut Systemów Bezpieczeństwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 tworzących Konsorcjum Double IS z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 148/150**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 i Instytut Systemów Bezpieczeństwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 tworzących Konsorcjum Double IS z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 i Instytut Systemów Bezpieczeństwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 tworzących Konsorcjum Double IS z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę urządzenia RTG do prześwietlania niebezpiecznych ładunków dla celów pirotechnicznych w ilości 2 kpl zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 9 lutego 2016r. nr 2016/S 027-043391.

Informacja o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy została przekazana wykonawcom w dniu 26 kwietnia 2016r.

W dniu 5 maja 2016r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 i Instytut Systemów Bezpieczeństwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 tworzący Konsorcjum Double IS z siedzibą w Warszawie, ul. Mesyńska 16 – dalej odwołujący, wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 maja 2016r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego przez osoby umocowane do reprezentacji każdego z członków, zgodnie z załączonymi odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 maja 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 - dalej), przez niezgodne z prawem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy w postępowaniu została złożona niepodlegająca odrzuceniu oferta odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ustawy przez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy treść złożonej przez odwołującego oferty była zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz).

Odwołujący uważa, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący był jedynym wykonawcą, który w tym postępowaniu złożył ważną ofertę a ponadto podjęte przez zamawiającego decyzje dotyczące unieważnienia postępowania oraz odrzucenia jego oferty, skutkują możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, ponieważ pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia oraz jego należytego wykonania i tym samym możliwości osiągnięcia oczekiwanych zysków co zdaniem odwołującego potwierdza, że ma interes we wniesieniu odwołania i tym samym zostały spełnione wszystkie przesłanki określone art. 179 ust. 1 ustawy.

Wniósł o:

- I. nakazanie zamawiającemu:
 1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
 2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 3. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
- II. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W toku postępowania zostało złożonych 5 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a w wyniku ich oceny, do złożenia oferty zostały dopuszczone dwa podmioty, w tym odwołujący. W terminie składania ofert została złożona tylko jedna oferta, którą złożył odwołujący. Wraz z wnioskiem i ofertą odwołujący uważa, że złożył wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty.

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego pismem nr Fz-2573 z dnia 31 marca 2016 r. tj. w dniu 11 kwietnia 2016 r. przedstawiciele odwołującego wzięli udział w zorganizowanych przez zamawiającego testach oferowanego przez odwołującego Przenośnego Skanera Rentgenowskiego ThreatScan-Li.

Jako dowód odwołujący powołał:

1. Pismo nr FZ 1586/16 z dnia 10,03.2016 r - informacja o wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Pismo nr 1631/16 z dnia 11,03.2016 r.- zaproszenie do złożenia oferty.
3. Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia do ww. postępowania - Fz-1629/16 z dnia 11.03.2016 r.
4. Pismo nr Fz-2573/16 z dnia 31.03.2016 r. - zaproszenie na testy oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutu nr 1 dot. naruszenia art. 93 ust 1 pkt. 1 ustawy wskazał, że jako podstawę prawną unieważnienia tego postępowania wskazano art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy natomiast w treści uzasadnienia zamawiający wskazał cyt. „Oferta Wykonawcy; która została wybrana jako. najkorzystniejsza; nie spełniła wymagań siwz podczas testów przeprowadzonych przez zamawiającego”.

Z treścią podjętej przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania odwołujący nie może się zgodzić, ponieważ w ocenie odwołującego decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta z naruszeniem prawa, w tym w szczególności przepisów wskazanych na wstępie odwołania.

Wskazał, że postanowienia zawarte w art. 93 ustawy , są jasne i nie wymagają stosowania wykładni rozszerzającej: Ustawodawca w tym artykule enumeratywnie wymienił przesłanki, których spełnienie upoważnia zamawiającego do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści postanowień art. 93 ust. 1 pkt.

1 ustawy, jednoznacznie wynika, że zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego tylko wtedy, gdy w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Zdaniem odwołującego w tym postępowaniu została złożona przez odwołującego ważna oferta. Sam zamawiający w treści uzasadnienia pisma FZF 359/16, wskazuje, że oferta cyt. „została wybrana jako najkorzystniejsza”. Zatem należy przyjąć, że została wybrana oferta odwołującego, bowiem w tym postępowaniu odwołujący był jedynym wykonawcą, który złożył ofertę. W piśmie zamawiającego brak jest natomiast jakichkolwiek dalszych informacji potwierdzających, że zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania, odrzucił ofertę odwołującego. W treści tego pisma nie wskazano również podstawy prawnej odrzucenia oferty. Odwołujący podniósł, że wykonawca powinien być informowany o decyzjach podjętych przez zamawiającego w stosunku do jego oferty, w tym w szczególności dotyczących odrzucenia jego oferty.

Zamawiający wskazał, że oferta, która została wybrana jako najkorzystniejsza, przez którą jak wskazano powyżej należy rozumieć ofertę odwołującego, nie spełniała wymagań siwz podczas przeprowadzonych testów oferowanego urządzenia, a wykonane zdjęcia RTG skorupy granatu ćwiczebnego z wkręconym zapalnikiem cyt. „Dały efekt nieadekwatny do oczekiwań zamawiającego”, jednak taka informacja w ocenie odwołującego, nie może być uznana za równorzędne z odrzuceniem oferty odwołującego, ponieważ z treści pisma oraz wskazanej w nim podstawy prawnej, jednoznacznie wynika, że jest to pismo dotyczy tylko i wyłącznie decyzji zamawiającego w sprawie unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł również, że zamawiający nie miał żadnych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. wyboru oferty odwołującego) co stwierdza sam zamawiający, nie zaszła żadna z przesłanek unieważnienia postępowania, określona w art. 93 ust. 1 ustawy.

Jako dowody odwołujący powołał:

5. Pismo nr FZF 359/16 z dnia 26.04.2016 r. - informacja o unieważnieniu postępowania.

6. Protokół z testów z dnia 11.04.2016 r.

Co do zarzutu 2 dotyczącego naruszenia art. 89 ust 1 pkt. 1 ustawy, to odwołujący wskazał, że jego oferta jak również oferowane urządzenie, tj. Przenośny Skaner Rentgenowski ThreatScan-LI, była zgodna z minimalnymi wymaganiami określonymi w siwz i po zakończeniu testów przeprowadzonych przez zamawiającego uzyskało pozytywną ocenę, co znajduje potwierdzenie w treści protokołu z testów.

Z treści doręczonego odwołującemu pisma wynika, że powodem unieważnienia postępowania jest fakt, iż w postępowaniu nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Ponadto z treści tego pisma wynika, że cyt. „Oferta Wykonawcy, która została

wybrana jako najkorzystniejsza, nie spełniła wymagań siwz, podczas przeprowadzonych przez zamawiającego, w dniu 11 kwietnia 2016 r testów”. Zapis ten w sposób pośredni może wskazywać, że oferta odwołującego została odrzucona przez zamawiającego, bowiem jak wskazano powyżej, w tym postępowaniu nie została złożona żadna inna oferta.

Odwołujący nie zgadza się z taką decyzją zamawiającego, bowiem w jego ocenie zaoferowany przedmiot zamówienia, tj. Przenośny Skaner Rentgenowski ThreatScan-L1, w pełnym zakresie spełnia określone w siwz minimalne wymagania, w tym minimalne wymagania postawione dla generatora promieniowania rentgenowskiego, zainstalowanego w oferowanym przez odwołującego skanerze.

Odwołujący wskazał, że we wszystkich przenośnych skanerach, zasada działania tzn. prześwietlenia rentgenowskiego jest taka sama. Pomiędzy generatorem emitującym promieniowanie rentgenowskie a panelem obrazującym, znajduje się podejrzany przedmiot (zdjęcie podglądowe), (film podglądowy). Podczas prześwietlenia wiązka promieniowania rentgenowskiego przechodzi przez cały podejrzany przedmiot i zatrzymuje się na panelu, gdzie następuje przetworzenie tej wiązki na obraz wyświetlany na komputerze. Promieniowanie rentgenowskie przechodząc przez podejrzany obiekt napotyka na opór różnych elementów w zależności o ich gęstości. Im większa gęstość tym promieniowanie rentgenowskie ma mniejszą przenikliwość a tym samym elementy na wykonanym zdjęciu będą ciemniejsze. Powyższa informacja ma istotne znaczenie dla oceny zasadności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że wymagania techniczne przedmiotu zamówienia zostały zawarte w załączniku nr 2 do siwz. W zakresie wymagań technicznych określonych dla generatora rentgenowskiego, zamawiający wskazał, że ma to być generator z impulsową ekspozycją klasy XRS - 3 lub wyższą. Jak wynika z dokumentacji technicznej tego generatora wymagania dotyczące generatorów w zakresie penetracji stali zostały określone na poziomie 25,4 mm. Zaoferowane przez odwołującego urządzenie, tj. Przenośny Skaner Rentgenowski ThreatScan-L1 z generatorem I - Gen, w pełnym zakresie było zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Odwołujący w odwołaniu przedstawia porównanie parametrów generatorów urządzenia XRS - 3 oraz generatora zainstalowanego w oferowanym przez odwołującego skanerze, który jest urządzeniem przeznaczonym do zdalnego wykonywania zdjęć rentgenowskich przedmiotów o znamionach zagrożenia terroryzmem bombowym.

Porównanie Generatorów:

Penetracja stali: Generator XRS-3-25,4 mm; Generator I-Gen - 30 mm gwarantowana 34 mm typowa

Waga: Generator XRS-3- 5.4 kg (z baterią); Generator I-Gen -5.5 kg (bez baterii)

Wymiary: Generator XRS-3-35,6x11,5x19,0 (cm); Generator I-Gen -24,5 x 18 x 8 (cm) (L x W x H)

Temperatura pracy: Generator XRS-3-Od -23°C do +50°C; Generator I-Gen- Od -30°C do +55 °C

Gwarancja: Generator XRS-3-1 rok; Generator I-Gen 3 lata

Jako dowód odwołujący powołał:

7. Karta katalogowa Przenośnego Skanera Rentgenowskiego ThreatScan-L1, w języku angielskim (producent 3DX-RAY z Wlk. Brytanii, <http://www.3dx-ray.com>) oraz w j. polskim (dystrybutor, <http://www.isb-companv.piy>)

8. Karta katalogowa generatora XRS - 3 firmy Golden Engineering Inc. z USA (<http://www.goldenengineering.com/products.htm> wraz z tłumaczeniem na j. polski.

Zdaniem odwołującego dane te jednoznacznie potwierdzają, że w zakresie wymagań dot. penetracji stali oferowane przez odwołującego urządzenie posiadało znacząco lepsze parametry techniczne generatora niż wskazane przez zamawiającego urządzenie klasy XRS - 3. Ponadto odwołujący kierując się wymaganiami określonymi w siwz przyjął, że zamawiający określając minimalne wymagania dot. parametrów technicznych generatora i konieczność wykonywania zdjęć przedmiotów o znamionach zagrożenia terroryzmem bombowym, uwzględnił również minimalne parametry generatorów, niezbędne do wykonywania zdjęć przedmiotów wykonanych z materiałów charakteryzujących się dużą gęstością, w tym np. granatu ćwiczebnego.

W dniu 11 kwietnia 2016 r. zgodnie z wymaganiami postawionymi w siwz odwołujący wziął udział w teście dotyczącym oferowanego urządzenia. Program testów został szczegółowo opisany w załączniku nr 5 do siwz. Test obejmował wykonanie 6 zadań, w tym między innymi wykonanie zdjęcia RTG skorupy granatu ćwiczebnego F 1 z wkręconym zapalnikiem ćwiczebnym UZRGM.

Z załącznika nr 5 (Program testów urządzenia RTG) wynikało, że punktacja poszczególnych zadań odbywa się w skali od 1 - 5 pkt. Ponadto z pkt 7 tego programu wynika, że cyt. „Niezasosowanie się do wytycznych, dotyczących testu skutkuje otrzymaniem minimalnej oceny punktowej”. Przy czym zamawiający w siwz nie zdefiniował, co należy rozumieć przez pojęcie „minimalnej oceny punktowej”. Odwołujący stoi na stanowisku, że przez to pojęcie należy rozumieć nie przyznanie żadnego punktu za wykonanie danego zadania.

Odwołujący podniósł, że z treści sporządzonego protokołu z testów, wynika jednoznacznie, że w trakcie testu przeprowadzonego przy użyciu urządzenia oferowanego przez odwołującego, zostały zrealizowane wszystkie zadania objęte testem i komisja przyznała punkty za poszczególne zadania w skali od 2 - 6 (skaner uzyskał 24 na 30 możliwych do uzyskania pkt).

Wyniki testów, zdaniem odwołującego, jednoznacznie potwierdzają, że urządzenie oferowane przez odwołującego z pozytywnym wynikiem przeszło wszystkie zadania objęte testem. Dlatego też niezgodne ze stanem faktycznym jest twierdzenie zamawiającego, zawarte w piśmie FZF 359/16, z którego wynika, że podczas przeprowadzonych testów, oferta odwołującego nie spełniła wymagań siwz. Zamawiający stwierdził tam, iż „Wykonane zdjęcia dały efekt nieadekwatny do oczekiwań zamawiającego, ponieważ podczas prześwietlania testującym zależało na ukazaniu zawartości skorupy granatu F1, a w konsekwencji wyodrębnieniu części zapalnika UZGRM znajdującej się w skorupie granatu”. Odwołujący podniósł, że zapisy siwz, w tym opis „Programu testu” czy też wzór protokołu z testów, nie zawierały żadnych zapisów dotyczących zacytowanych powyżej oczekiwań zamawiającego.

Odwołujący potwierdził, że za zadanie dotyczące wykonania zdjęcia RTG skorupy granatu ćwiczebnego F1 z wkręconym zapalnikiem ćwiczebnym UZGRM, otrzymał dwa punkty w 5-cio stopniowej skali. Nie otrzymał jednak „minimalnej oceny punktowej” o której mowa w pkt. 7 Programu testów (załącznik nr 5 do siwz).

Odwołujący wskazał dodatkowo na postanowienia siwz zawarte w pkt. VI „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy”, w części opisującej „Zasady przeprowadzania testów oferowanego przedmiotu zamówienia”, w którym zamawiający stwierdził, że „Niespełnienie któregokolwiek z warunków funkcjonalnych, technicznych i użytkowych wskazanych w protokole z testów skutkować będzie odrzuceniem oferty” (pkt. 9). Z treści protokołu z testów wynika, że przyznanie 2 punktów za wykonanie w/w zadania związanego z prześwietleniem granatu, potwierdza również, że oferowane przez odwołującego urządzenie spełnia wszystkie warunki funkcjonalne, techniczne i użytkowe wskazane w protokole z testów i tym samym brak było podstaw do odrzucenia jego oferty.

Zatem niezrozumiałe jest dla odwołującego twierdzenie zamawiającego zawarte w piśmie FZF 359/16, z którego wynika, że cyt. „Wykonane zdjęcia dały efekt nieadekwatny do oczekiwań zamawiającego, ponieważ podczas prześwietlania testującym zależało na ukazaniu zawartości skorupy granatu a w konsekwencji wyodrębnienie części zapalnika UZGRM znajdującej się w skorupie granatu”.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie może dokonywać odrzucenia oferty w oparciu o wymagania i oczekiwania zamawiającego, które nie zostały zdefiniowane w siwz. W żadnym z zapisów siwz i jej załącznikach nie wyartykułowano oczekiwań zamawiającego, o którym mowa w piśmie FZF 359/16.

Odwołujący wskazał, że wykonane w ramach testu zdjęcia granatu, obrazują skorupę granatu z wkręconym zapalnikiem ćwiczebnym UZGRM, co potwierdza, że prześwietlany w ramach testu granat posiada zainstalowany zapalnik i tym samym jest możliwość ustalenia

elementów składowych granatu. Odwołujący wskazał, że w trakcie testu, zdjęcia granatu zostały zapisane w trzech wersjach.

1) Wersja pierwsza - prezentuje górną część zapalnika ćwiczebnego UZRGM wraz z kolorystycznym zaznaczeniem niebezpiecznego elementu. Wszystkie elementy górnej części zapalnika UZRGM są wyraźnie widoczne, co jest zgodne z wymaganiami zamawiającego.

2) Wersja druga - prezentuje cały granat wraz z ćwiczebnym zapalnikiem UZRGM. W górnej części zdjęcia widać wewnętrzne elementy zapalnika UZRGM, które znajdują się w skorupie granatu ćwiczebnego F1.

3) Wersja trzecia - prezentuje cały granat wraz z ćwiczebnym zapalnikiem UZRGM z wykorzystaniem funkcji 3D. Na tym zdjęciu podobnie jak w poprzednim widać wewnętrzne elementy zapalnika UZRGM, które znajdują się w skorupie granatu ćwiczebnego F1.

Jako dowód odwołujący powołał:

9. Zdjęcia granatu wykonane podczas testu.

Zwrócił uwagę na tzw. „efekt rozpraszania” (The Blooming effect), występujący podczas prześwietlania małych przedmiotów o dużej gęstości (granat z żeliwną skorupą), którego powodem jest rozpraszanie rentgenowskie. Przy prześwietlaniu przedmiotów o dużej gęstości, promienie rentgenowskie przenikają bezpośrednio przez przedmiot a następnie trafiają bezpośrednio do Panelu detektora. Jednakże Panel detekcyjny odbiera również rozproszone promieniowanie rentgenowskie, które nie przeszło przez przedmiot. To rozproszone promieniowanie rentgenowskie zostało stworzone przez wiązkę promieni rentgenowskich w wyniku interakcji z powietrzem. Gdy prześwietlamy przedmioty o dużej gęstości, siła rozproszenia może stać się znacznie większa niż siła obrazu, który chcemy otrzymać - to jest w zasadzie to, co ogranicza skuteczność penetracji w rentgenowskich systemów.

Odwołujący ponownie podniósł, że analiza zapisów siwz jednoznacznie wskazuje, że przyznanie punktów za poszczególne zadania w skali od 1 - 6 będzie stanowić potwierdzenie spełnienia przez oferowany przez odwołującego przedmiot zamówienia wymagań opisanych w siwz. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie może być jedynie subiektywna ocena członków komisji przeprowadzającej testy, która przy dokonywaniu oceny danego zadania kieruje się oczekiwaniami zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia, które szczegółowo nie zostały opisane w siwz jak i w programie testów.

Przyjął, że gdyby faktycznie komisja przeprowadzająca testy uznała, iż urządzenie oferowane przez odwołującego wykonało zadanie związane z prześwietleniem granatu F 1 niezgodnie z Programem testu, to komisja powinna przyznać zero punktów za to zadanie. Zdaniem odwołującego, nawet przyznanie 1 punktu za wykonanie któregoś z zadań objętych testem, nie uprawniało zamawiającego do odrzucenia oferty złożonej oferty, ponieważ w siwz i w jej załącznikach nie wskazano możliwości odrzucenia oferty w takiej

sytuacji. Tym bardziej brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy w trakcie testów za wykonanie wszystkich zadań objętych testem otrzymał punkty w wskazanej w Załączniku nr 5 do siwz skali punktów.

Podjęte przez zamawiającego decyzje o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, jak i odrzucenia oferty odwołującego jednoznacznie zdaniem odwołującego wskazują, że zamawiający po przeprowadzeniu testów zmienił opisane w Załączniku nr 5 do siwz zasady oceny przeprowadzonych testów i pomimo przyznania punktów (od 2-5) za każde zadanie, bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

Działanie takie jest w ocenie odwołującego niedopuszczalne, bowiem określone w siwz pozakryteriowe zasady oceny ofert pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z siwz, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób.

Ponadto odwołujący zauważył, że chociaż zamawiający może określić własny katalog kryteriów i zasad oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, odnoszący się do przedmiotu zamówienia, tak by zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Poddanie przez zamawiającego jednego z kryteriów oceny ofert całkowicie swobodnej interpretacji oceniającego, bez określenia, w jaki sposób ocena ta będzie dokonywana - jakie cechy oferty stanowią przedmiot zainteresowania zamawiającego w ramach danego kryterium, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, zaproszenia na testy, protokołu z testów wraz z dokumentacją zdjęciową, informacji o unieważnieniu postępowania, karty katalogowej przenośnego skanera rentgenowskiego ThreatScan-LS1 wraz z tłumaczeniem, karty katalogowej urządzenia XRS – 3 X – Ray Source wraz z tłumaczeniem, trzech zdjęć załączonych do odwołania, trzech zdjęć złożonych na rozprawie przez zamawiającego.

W dniu 10 marca 2016r. w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający poinformował, że wniosek odwołującego spełnia postawione warunki.

Zgodnie z pkt. IV.6 siwz wykonawcy mogli składać oferty równoważne o nie gorszych normach, parametrach i standardach technicznych oraz funkcjonalnych. Na podstawie pkt. VI.1 wykonawcy do oferty mieli załączyć szczegółowy opis oferowanego urządzenia zawierający fotografie, kartę katalogową oferowanego urządzenia, wzór oferowanego

wyrobu do przeprowadzenia testów na pisemne wezwanie zamawiającego. Zamawiający poinformował, że przeprowadzi testy w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia jego wymagania określone w siwz. Zamawiający określił procedurę testów stanowiąc m. in., że wykorzystany w trakcie oceny asortyment musi być tożsamy ze sprzętem będącym przedmiotem oferty. Przeprowadzenie testów dokumentowane będzie pisemnym protokołem, a wzór protokołu z testów zawiera załącznik nr 5 do siwz. Urządzenie – jeden komplet zostanie dostarczone w pełnym ukompletowaniu zgodnym z pkt. 7 załącznika nr 2 do siwz. Niespełnienie któregokolwiek z warunków funkcjonalnych, technicznych i użytkowych wskazanych w protokole z testów skutkować będzie odrzuceniem oferty. Nie stawienie się wykonawcy na przeprowadzenie testów w wyznaczonym terminie, skutkować będzie odrzuceniem oferty. Dostarczenie na testy urządzenia niezgodnego z pkt. 7 załącznika nr 2 do siwz skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Specyfikacja techniczna – załącznik nr 2 do siwz nie zawierała postanowień dotyczących jakości robienia zdjęć RTG, w tym zdjęć granatów. W pkt. 2 załącznika zamawiający wskazał przeznaczenie - urządzenie RTG o zastosowaniu policyjno-wojskowym jest dla minerów-pirotechników i służyć będzie do przeprowadzania inspekcji rentgenowskiej niebezpiecznych ładunków. Z pkt. 3 pkt. 1 załącznika nr 2 do siwz wynika, że zamawiający wymagał generatora rentgenowskiego z impulsową ekspozycją, klasy XRS-3 lub wyższej oraz możliwością rozróżniania substancji organicznych i nieorganicznych. Pkt. 7 załącznika nr 2 do siwz określał wymagani w zakresie ukompletowania, pakowania, przechowywania, transportu i gwarancji.

Co do ukompletowania, to urządzenie miało zawierać:

- generator 1 kpl w tym 2 kpl. akumulatorów w tym 1 zapasowy oraz ładowarkę,
- panel obrazujący – 1 kpl. w tym 2 kpl. akumulatorów w tym 1 zapasowy oraz ładowarkę,
- system zdalnego sterowania – 1kpl.
- zestaw komputerowy – 1kpl. komputer, zasilacz,
- walizkę transportową sztywną z tworzywa sztucznego z kółkami jezdnyimi pozwalającą na umieszczenie w niej wszystkich elementów składowych urządzenia oraz zapewniającą bezpieczny transport i ochronę przed niekorzystnymi czynnikami atmosferycznymi i środowiskowymi,
- instrukcję użytkowania w języku polskim i angielskim (w wersji papierowej i elektronicznej),
- kartę gwarancyjną ze wskazaniem punktów świadczących serwis gwarancyjny i pogwarancyjny

Pakowanie: - urządzenie musi być zapakowane w sposób zabezpieczający je przed uszkodzeniem w trakcie transportu i przechowywania,

Przechowywanie i transport – urządzenie musi umożliwiać transportowanie dowolnymi środkami transportu, w warunkach zabezpieczających przed uderzeniem i wpływami atmosferycznymi

Gwarancja co najmniej 24 miesiące.

W załączniku nr 5 do siwz zamawiający określił program testów, w którym w pkt. 2 wskazał, że przedmiotem testów będzie robienie zdjęć RTG (urządzenia, które jest przedmiotem zamówienia) atrap urządzeń wybuchowych, przygotowanych i przedstawionych przez zamawiającego (obróbka zdjęć programem dołączonym do urządzenia RTG – substancje organiczne, nieorganiczne oraz inne możliwości programowe dotyczące obróbki wykonanego zdjęcia, umożliwiające jak najdokładniejsze ustalenie elementów składowych prześwietlanych przedmiotów, ustalenia rzeczywistej strefy martwej itp.) tj.:

a) Skorupy granatu ćwiczebnego F1 z kręconym zapalnikiem ćwiczebnym UZRGM.

Punktacja poszczególnych zdań odbywa się w skali od 1 do 5, gdzie 5 oznacza najwyższą punktowaną skalę ocen. Punktacja dokonywana jest po zakończeniu testów, po dokładnym przeanalizowaniu przedstawionej oferty sprzętu.

Niezastosowanie się do wytycznych, dotyczących testu skutkuje otrzymaniem minimalnej oceny punktowej. W tabeli zamawiający określił zadania i sposób ich wykonania i pkt. 4 określono zadanie wykonać zdjęcie RTG skorupy granatu ćwiczebnego F1 z wkręconym zapalnikiem ćwiczebnym UZRGM – sposób wykonania – wykonać zdjęcie RTG skorupy granatu ćwiczebnego F1 z wkręconym zapalnikiem ćwiczebnym UZRGM oraz zapisać zdjęcie RTG na nośniku.

Z oferty odwołującego wynika, że zaoferował przenośny skaner rentgenowski ThreatScan – LS1, który posiada właściwości opisane w odwołaniu.

W dniu 31 marca 2016r. zamawiający zaprosił odwołującego na testy.

W dniu 11 kwietnia 2016r. zostały przeprowadzone testy urządzenia Threat-Scan – LS1, Laptop MSI Mod MS-175a oznaczenia katalogowe: laptop GP702QE-638XPLK 1502000043, panel: TSLS1-479, lampa: S15426-A00058. Z protokołu testów wynika, że odwołujący otrzymał za zadanie 4 – 2 pkt, z uwagą brak możliwości ustalenia, czy w skorupie granatu znajduje się zapalnik stwarzający zagrożenie. Na załączonych zdjęciach widać zapalnik w części wystającej poza skorupę granatu w środku widać spiralę. Nie widać elementów zapalnika w skorupie granatu.

W dniu 26 kwietnia 2016r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, twierdząc, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wskazał, że oferta odwołującego, która została wybrana jako najkorzystniejsza nie spełnia wymagań siwz podczas przeprowadzonych przez zamawiającego testów. Program testów obejmował m. in. wykonanie zdjęć RTG skorupy granatu ćwiczebnego F1 z wkręconym zapalnikiem ćwiczebnym UZRGM. Wykonane zdjęcia dały efekt nieadekwatny do oczekiwań

zamawiającego, ponieważ podczas prześwietlenia testującym zależało na ukazaniu zawartości skorupy granatu F1, a w konsekwencji wyodrębnieniu części zapalnika UZRGM znajdującej się w skorupie granatu. Na podstawie zrobionego zdjęcia testującym nie udało się ustalić, czy w skorupie granatu znajduje się zapalnik stwarzający zagrożenie czy jest to sama obudowa zapalnika pozbawiona właściwości bojowych.

Karta katalogowa urządzenia XRS – 3 X – Ray Source wraz z tłumaczeniem – potwierdza dane techniczne podane przez odwołującego w odwołaniu.

Trzy zdjęcia, to są te same zdjęcia co załączone do testów.

Zdjęcia przedłożone przez zamawiającego Izba uznała za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż nie można ustalić parametrów funkcjonalnych, technicznych i użytkowych urządzenia, na jakim je wykonano

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ustawy przez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy treść złożonej przez odwołującego oferty była zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Przepis Art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś w myśl ust. 3 zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wprawdzie wskazana przez odwołującego podstawa prawna odrzucenia nie jest adekwatna do zaistniałego stanu faktycznego tj. nie wskazuje z jakim przepisem ustawy treść oferty odwołującego jest niezgodna. Przykładem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy jest sytuacja, gdy ten sam wykonawca składa w tym samym postępowaniu (niepodzielonym na części) dwie różne oferty, oferuje dwa różne przedmioty zamówienia, gdyż wówczas złożone

oferty są sprzeczne z art. 82 ust. 1 ustawy. Natomiast w przedmiotowej sprawie zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia, ale wskazał, że w jego ocenie oferta odwołującego nie spełniła wymagań siwz podczas przeprowadzonych testów. Tym samym Izba dokonała subsumpcji tego stanu faktycznego pod przepis właściwej normy prawnej tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz, chyba, że treść oferty nadaje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zatem prawidłowo podaną we wskazanym przez zamawiającego stanie faktycznym normą, której naruszenia mógł dopuścić się zamawiający jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przepis ten wymaga ustalenia treści siwz i porównania go z treścią złożonej oferty (w tym treścią ustaloną podczas testów). Z treści siwz wynika, że odrzucenie oferty nastąpi jeśli dojdzie do niespełnienia któregokolwiek z warunków funkcjonalnych, technicznych i użytkowych wskazanych w protokole, wykonawca nie stawi się na testy albo przedstawi urządzenie niezgodne z pkt. 7 załącznika nr 2 do siwz. Przedmiotem testów będzie robienie zdjęć RTG (urządzenia, które jest przedmiotem zamówienia) atrap urządzeń wybuchowych, przygotowanych i przedstawionych przez zamawiającego (obróbka zdjęć programem dołączonym do urządzenia RTG – substancje organiczne, nieorganiczne oraz inne możliwości programowe dotyczące obróbki wykonanego zdjęcia, umożliwiające jak najdokładniejsze ustalenie elementów składowych prześwietlanych przedmiotów). Z tak ustalonej treści siwz wynika, że zamawiający nie stosował testu jako kryterium oceny ofert, ale jako element oceny spełniania wymagań zamawiającego. Zamawiający nie określił, że celem zadania 4 jest ustalenie czy w skorupie znajduje się zapalnik. Jednak wskazał, że niespełnienie wymagań funkcjonalnych będzie skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. W ocenie Izby jednym ze wskazanych przez zamawiającego wymagań funkcjonalnych było zapisane w załączniku nr 5 wymaganie jak najdokładniejszego ustalenia elementów składowych prześwietlanych przedmiotów. Z treści protokołu z testów wynika, że odwołujący stawił się na testy, brak jest uwag, co do przedstawionego do testów urządzenia, brak informacji, jest natomiast uwaga, że nie udało się ustalić, czy w skorupie granatu znajduje się zapalnik stwarzający zagrożenie czy jest to sama obudowa zapalnika pozbawiona właściwości bojowych, wykonawca otrzymał w tym zadaniu 2 punkty, co jest punktacją powyżej punktacji minimalnej. W ocenie Izby ponieważ zamawiający nie określił jakie wymagania zamawiającego (funkcjonalne, techniczne, użytkowe) będą przedmiotem badania w ramach poszczególnych zadań, to należało przyjąć, że wszystkie te wymagania były testowane w każdym zadaniu. Jak wynika z ustalonej treści siwz – zamawiający wymagał, aby urządzenie umożliwiło jak najdokładniejsze ustalenie elementów składowych prześwietlanych przedmiotów, w tym elementów składowych znajdujących się w skorupie granatu. Sam odwołujący wskazał, że w skorupie znajduje się materiał wybudowy, spłonka, zapalnik. Natomiast na przedłożonych tak do testów zdjęć, jak i zdjęć załączonych do

odwołania wynika, że żadnego z tych elementów nie da się ustalić za pomocą zdjęć uzyskanych z oferowanego urządzenia. Nie ma zatem najdokładniejszego ustalenia elementów składowych prześwietlanego granatu. Obecnie argumentacja odwołującego zmierza do wykazania, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego był niejednoznaczny, jednak z opisu tego o ile rzeczywiście wynikał generator klasy XRS-3, to nie wynikało jakie parametry tego generatora muszą być spełnione jako minimalne. Odwołujący założył, że chodzi tu o penetrację stali, czyli parametr minimalny na poziomie 2,5cm, pomijając wymóg ustalenia elementów składowych skorupy granatu, która jak sam odwołujący przyznał ma ok. 3 cm grubości. Nadto sam odwołujący przyznał, że jest możliwe wykonanie obrazowania, o jakim mówił zamawiający, ale generatorem o większej mocy niż zaferowana. W ocenie Izby było zatem możliwe dobranie odpowiedniego generatora innego niż XRS-3, ale porównywalnego pod względem mocy, a nie penetracji. Gdyż penetracja na poziomie 2,5 cm nie pozwalała w ogóle na ustalenie elementów składowych skorupy granatu. Tym samym odwołujący błędnie oceniając parametr porównywalny doprowadził do sytuacji, w której nie wypełnił wymagania funkcjonalnego określonego przez zamawiającego w załączniku nr 5 do siwz, a zgodnie z pkt. VI.9 siwz niespełnienie któregośkolwiek z wymagań funkcjonalnych miało skutkować odrzuceniem oferty. Tym samym Izba uznała, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią siwz – załącznik nr 5 pkt. 2 siwz w związku z pkt. VI.9 siwz i wobec takiego ustalenia stanu faktycznego, wypełniona została dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co powodowało, że zamawiający prawidłowo zastosował sankcję odrzucenia oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez niezgodne z prawem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy w postępowaniu została złożona niepodlegająca odrzuceniu oferta odwołującego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Natomiast art. 93 ust. 3 ustawy stanowi, że o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:

- 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia - w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,
- 2) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający przed unieważnieniem postępowania ma obowiązek poinformować wykonawców o odrzuceniu ich ofert i czekać z decyzją o unieważnieniu do ostatecznego rozstrzygnięcia ewentualnych środków ochrony prawnej składanych na czynność odrzucenia. Taki obowiązek zamawiającego nie wynika z art. 93 ust. 3 ustawy, ani nie wynika z innych obowiązków informacyjnych zamawiającego. Przepis art. 93 ust. 3 nie precyzuje zakresu uzasadnienia faktycznego i prawnego, gdyż różne są podstawy unieważnienia postępowania, w tym zależne wyłącznie od zamawiającego. Nie ma też podstawy prawnej do powstrzymywania się przez zamawiającego z dokonaniem czynności unieważnienia postępowania do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia ewentualnych sporów dotyczących odrzucenia ofert. Ustawa nie przewiduje zawieszania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na czas trwania procedury odwoławczej, a jedynym zakazem jaki obowiązuje zamawiającego jest zakaz zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę. Z tego względu teza odwołującego nie jest prawdziwa. Izba ustaliła, że w treści informacji o unieważnieniu postępowania rzeczywiście brak jest przez zamawiającego wskazania, że odrzucił ofertę odwołującego. Jednakże dokonanie takiej czynności wynika z analizy treści tego dokumentu, gdyż z jednej strony zamawiający wskazuje, że oferta odwołującego nie spełniła wymagań siwz, co wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a z drugiej powołuje się na treść art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, który stanowi o unieważnieniu postępowania z powodu braku ważnych ofert. Tym samym nawet jeśli czynność odrzucenia oferty odwołującego nie została wskazana w piśmie o unieważnieniu, to jednak zamawiający jej dokonał. Tym samym skoro Izba doszła do przekonania, że odrzucenie oferty odwołującego nie stanowiło naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to w postępowaniu nie było ważnych ofert. Konsekwencją tego ustalenia jest zatem, to że ziściła się dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, zatem zamawiający prawidłowo zastosował sankcję unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: