

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2013 r. przez wykonawcę FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego, Skarb Państwa - Areszt Śledczy w Poznaniu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie oceny ofert w postępowaniu na dostawę i wdrożenie czytnika kaset radiologicznych oraz zintegrowanego systemu centralnego odczytu radiologicznego do Aresztu Śledczego w Poznaniu, w tym podanie pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego tych czynności,
2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Areszt Śledczy w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Aresztu Śledczego w Poznaniu na rzecz FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Areszt Śledczy w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenie czytnika kaset radiologicznych oraz zintegrowanego systemu centralnego odczytu radiologicznego do Aresztu Śledczego w Poznaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 05.07.2013 r. pod nr 262776.

W dniu 25.07.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – w związku z brakiem ważnych ofert. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z SIWZ (wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały odrzucone).

W dniu 30.07.2013 r. FUJIFILM Europe GmbH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 w zw. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, iż zachodzi którakolwiek z przesłanek określonych w art. 89 w odniesieniu do oferty złożonej przez odwołującego, uznając w czynności unieważnienia bez podstawy faktycznej i prawnej, iż czynność odrzucenia została dokonana i jest uzasadniona;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 - poprzez odrzucenie oferty, której treści odpowiada treści SIWZ;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 93 ust. 3 pkt 2 - poprzez zaniechanie przesłania informacji o odrzuceniu ze wskazaniem podstawy prawnej i faktycznej;
4. art. 93 ust. 1 pkt 1 - poprzez unieważnienie postępowania z naruszeniem

przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bowiem oferta odwołującego nie znajduje podstaw do odrzucenia;

5. art. 7 ust. 1 - poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylenia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a tym samym uchylenia decyzji o unieważnieniu postępowania; nakazanie powrotu do czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż pierwotnie, w dniu 19 lipca br. zamawiający dokonał wyboru oferty OK. Medical System Sp. z o.o. SKA z siedzibą w Poznaniu. Względem tej czynności odwołujący, działając na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp przesłał zamawiającemu informację, w której zarzucił wybór oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. W wyniku rozpatrzenia tej informacji zamawiający powtórzył ocenę ofert czego wynikiem była czynność z dnia 25 lipca 2013 r.

Ponadto uzasadnieniu odwołania wskazano, że „[...] *Zamawiający nie wskazał uzasadnienia prawnego odrzucenia naszej oferty, co pozostaje w sprzeczności z art. 89 ust. 1 pkt 1-8 w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 a to w związku z art. 93 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym "niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o (...) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne". Tym samym wypełnienie przez Zamawiającego dyspozycji art. 93 ust. 3 pkt. 2, czyli zawiadomienia o unieważnieniu postępowania w sytuacji gdy wykonawcy złożyli oferty, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, nie może zostać spełnione bez zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1-8 w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2. W ocenie odwołującego, wskazane przez Zamawiającego powody nie stanowią przesłanki do odrzucenia złożonej oferty przez Firmę FUJIFilm GmbH Oddział w Polsce. Ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 1-8 Pzp enumeratywnie wskazał przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Tymczasem, Zamawiający nie wskazał żadnej podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego, a jedynie przedstawił lakoniczne wyjaśnienie*

dotyczące odrzucenie oferty z powodu niespełnienia wymogu opisu przedmiotu zamówienia w poz. 7. W związku z wyżej wymienionymi okolicznościami, w tym wskazanym w INFORMACJI naruszeniami, odwołujący liczył na działania Zamawiającego, które zgodnie z prawem, doprowadzą do uchylecia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. powrotu do badania i oceny ofert, czynności odrzucenia oferty wybranej, tj. firmy OK. Medical Systems i wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu, tj. firmy FUJIFilm. Tymczasem odwołujący otrzymał ZAWIADOMIENIE o unieważnieniu postępowania z mocy art. 93 ust. 1 pkt. 1 w którym także odwołujący powziął informację, że jego oferta została odrzucona, brak w nim jednak wskazania przez Zamawiającego podstawy prawnej do odrzucenia naszej oferty oraz uzasadnienia faktycznego. W konkluzji odwołujący nie wie z jakiego powodu jego oferta została odrzucona. Z rzeczonego ZAWIADOMIENIA, wiemy tylko, że „Ponowne zbadanie przez Zamawiającego ofert firm OK. Medical Systems i FUJIFilm GmbH (Sp. z o.o.) potwierdziło niespełnienie wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia w części: czytnik płyt obrazowych z kasetami i stacja technika, w poz. 7. Odwołujący nie zgadza się z taką decyzją, gdyż naruszają one bezpośrednio interes odwołującego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec odwołującego nie zostały zastosowane jakiegokolwiek czynności wezwania do uzupełnienia, wyjaśnienia oferty, czy też złożonych dokumentów. Zamawiający natomiast przyznał w ZAWIADOMIENIU, że: (...) „Złożone przez wybranego w drodze postępowania przetargowego oferenta firmę OK Medical Systems wyjaśnienia nie wyczerpują w/wym zapisów SIWZ”. Odniesienie do wyżej wymienionych wyjaśnień wiąże się z kwestionowanymi, oferowanymi rozwiązaniami, w poz. 7 i 12, dla oferowanego urządzenia Konica Minolta Regius 110 i ma związek z wniesioną INFORMACJĄ przez odwołującego w dniu 23.07.2013r. Natomiast Zamawiający, z nieznanych nam powodów odrzucił także naszą ofertę, odnosząc się jedynie do niespełnienia wymagań w poz. 7, czytnika płyt obrazowych z kasetami i stacją technika. Dla oceny, czy odwołujący spełnia owe wymagania w poz. 7 SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, czy nie, jest fakt, że pozycja nr 7 zawiera szereg walorów do wykazania ich spełnienia w zakresie wymaganych formatów kaset, co jest zawarte w dowodzie nr 3 niniejszego odwołania. Walorów ocennych jest aż siedem, gdyż Zamawiający wymienił siedem różnych formatów kaset. Odwołujący kwestionował w INFORMACJI możliwość realizacji zamówienia publicznego przez Firmę OK. Medical Systems, w poz. 7 wymaganego formatu

jednej z wymienionych tam kaset, tj. 24x57. Natomiast, co kwestionuje Zamawiający w zakresie oferowanego rozwiązania przez firmę FUJIFilm w tej pozycji nie jest nam znane i nie zostało uzasadnione faktycznie.

Po trzecie firma FUJIFilm GmbH, Oddział w Polsce, oświadcza, że złożona przez nas oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawa i wdrożenie czytnika kaset radiologicznych oraz zintegrowanego systemu centralnego odczytu radiologicznego do Aresztu Śledczego w Poznaniu spełnia wszystkie wskazane wymagania minimalne, w tym szczególnie w rzeczonyj poz. 7 opisu przedmiotu zamówienia na czytnik płyt obrazowych z kasetami i stacją technika, którą jako podstawę odrzucenia wskazał w unieważnieniu Zamawiający. Zamawiający odrzucając ofertę firmy FUJIFilm GmbH Oddział w Polsce naruszył, pewnie w sposób niezamierzony szereg przepisów, w tym szczególnie wskazane w sentencji. Działania takie naruszają fundamentalne zasady równego traktowania wykonawców, bowiem o ile Firma OK Medical Systems wie, z jakiego powodu odrzucono jej ofertę, gdyż wyczerpano czynności wyjaśnienia tej oferty w zakresie wątpliwym co do jej treści, także odpowiedzi OK Medical rozstrzygają o podstawach odrzucenia, o tyle odwołujący w żaden sposób nie domyśla się nawet z jakiego powodu Zamawiający uznał, że nasza oferta także podlega odrzuceniu. Te działania doprowadziły także do sytuacji w której odwołujący nie może w racjonalny sposób wywieść linii obrony dla uzasadnienia braku podstaw do odrzucenia. Jednakże, w konkluzji pragniemy stanowczo oświadczyć, że nasza oferta spełnia wszystkie wymagania określone w przedmiocie zamówienia przez Zamawiającego w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.[...]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W zawiadomieniu z dnia 25 lipca 2013 r. o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający jako całość uzasadnienia faktycznego odrzucenia tej oferty podał, iż jej ponowne zbadanie „potwierdziło niespełnienie

wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia w części: czytnik płyt obrazowych z kasetami i stacją technika, w poz. 7”

W załączniku nr 1 do SIWZ, w tabeli dotyczącej „Czytnika płyt obrazowych z kasetami i stacją technika”, w wierszu 7, zamawiający sformułował następujące wymagania:

„Rodzaj i formaty obsługiwanych kaset z płytami obrazowymi, co najmniej kasety do badań ogólnodiagnostycznych formatów: 15x30cm, 18x24cm, 24x30cm, 35x35cm, 35x43cm, 24x57cm, 35x101cm.

W ofercie odwołującego w ww. pozycji wskazano jako oferowane urządzenie Capsula XLII (Model CR-IR 359) Fujifilm Corporation oraz deklaratoryjnie potwierdzono spełnianie wymagań zamawiającego (w sposób wymagany w SIWZ).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność

treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne odrzucenia oferty odwołującego wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 25 lipca br., Izba stwierdziła, iż zamawiający żadnych podstaw faktycznych dokonanej przez siebie czynności właściwie nie podał. Wskazał jedynie na ogólną niezgodność treści oferty z wyszczególnionym fragmentem SIWZ. Nie podał i nie opisał, z którymi konkretnie materialnymi bądź formalnymi wymaganiami specyfikacji oferta wykonawcy jest niezgodna oraz na czym ta niezgodność polega. Niestety samo odesłanie do wiersza 7 tabeli dotyczącej czynnika płyt obrazowych – chociażby ze względu na wielość

wymagań zamawiającego, które na podstawie ww. postanowień da się zrekonstruować – nie jest zrozumiałe samo przez się i nie pozwala ustalić na czym konkretnie zarzucana niezgodność oferty z danym fragmentem SIWZ polega i do czego się sprowadza.

Odwołujący w swojej ofercie – zgodnie z wymaganiami zamawiającego, co do sposobu przygotowania oferty i opisanie jej przedmiotu (opisanie zaciąganego zobowiązania) – podał model oferowanego urządzenia i zadeklarował/potwierdził, iż spełnia ono wszelkie techniczne parametry wymagane przez zamawiającego. Natomiast zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty stwierdził jedynie, iż z jego wymaganiami (sprecyzowanymi jedynie co do obszaru, którego dotyczy wskazana jednostka redakcyjna SIWZ) oferta wykonawcy jest niezgodna.

W związku z powyższym należało potwierdzić zarzut odwołania i orzec naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania podstawy prawnej oraz przede wszystkim faktycznej odrzucenia oferty odwołującego.

Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć i przeważanie ma poważny wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania.

Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający zakomunikował im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić (zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Tym samym jakiegokolwiek podstawy odrzucenia oferty nie wyrażone w piśmie informującym o danej czynności, a podnoszone dodatkowo przez zamawiającego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę w trakcie wyrokowania przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach dopiero w ramach postępowania odwoławczego ryzykując poniesienie jego kosztów.

Uwzględniając powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego, Izba nie orzekała o żadnych powodach odrzucenia oferty odwołującego (czyli o jej ewentualnej niezgodności z SIWZ), które nie zostały podane w uzasadnieniu czynności odrzucenia, ale było podnoszone przez zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie lub na rozprawie. Natomiast w związku z popełnionym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie względem tak przeprowadzonej czynności i nakazała zamawiającemu jej powtórzenie wraz z podaniem akuratnego uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego, w celu umożliwienia wykonawcy postawienia zarzutów co do ewentualnie stwierdzonych i akuratnie wyrażonych przez zamawiającego faktycznych podstaw odrzucenia oferty. Przy czym wskazać należy, iż sentencja zapadłego wyroku nie zobowiązuje bynajmniej zamawiającego do uzyskania dokładnie takiego samego wyniku oceny ofert, jak w przypadku czynności będącej przedmiotem niniejszego odwołania.

W związku z brakiem rozstrzygnięcia merytorycznych okoliczności dotyczących rozmiarów kaset obsługiwanych w oferowanym czytniku i ich ewentualnej zgodności bądź niezgodności z wymaganiami SIWZ, Izba nie uwzględniła w trakcie wyrokowania, jako bezprzedmiotowych, dowodów przedkładanych przez odwołującego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....